



Roj: **STS 3312/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3312**

Id Cendoj: **28079130052020100246**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/10/2020**

Nº de Recurso: **5429/2019**

Nº de Resolución: **1265/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 588/2019,**

ATS 11412/2019,

STS 3312/2020

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta Sentencia núm. 1.265/2020

Fecha de sentencia: 07/10/2020 Tipo de procedimiento: R. CASACION Número del procedimiento: 5429/2019 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 29/09/2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy Procedencia: T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2 Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo Transcrito por: Nota:

R. CASACION núm.: 5429/2019 Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta Sentencia núm. 1265/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Segundo Menéndez Pérez, presidente D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a. Inés Huerta Garicano D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 7 de octubre de 2020. Esta Sala ha visto el recurso de casación número 5429/2019 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado D. Manuel María Zorrilla Suárez, contra la sentencia núm. 74/19, de 5 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por la que, estimando el Procedimiento Ordinario nº 344/16, se anula la resolución de 14 de julio de 2016 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, por la cual se imponía a D. Jose Miguel una sanción de 13.000 €, obligación indemnizatoria de 686,84 € más un recordatorio de orden de cierre de pozo abierto acordada en el expediente sancionador ES 400/00 y la prohibición de realizar cualquier riego desde el pozo en cuestión. Ha comparecido como parte recurrida D. Jose Miguel, representado por la procuradora D.^a Llanos Ramírez Ludeña, asistida por el letrado D. José Miguel Rodríguez Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.- La Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia nº 74/19, de 5 de marzo, por la que, estimando el Procedimiento Ordinario nº 344/16, se anula la resolución de 14 de julio de 2016 del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, por la cual se imponía a D. Jose Miguel una sanción de 13.000 €, obligación indemnizatoria de 686,84 € más un recordatorio de orden de cierre de pozo abierto acordada en el expediente sancionador ES 400/00 y la prohibición de realizar cualquier riego desde el pozo en cuestión,



todo ello por la comisión de una infracción del art. 116.3.b) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas, calificada de menos grave por el art. 316.c) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, RD. 849/2016 de 11 de abril -Exp. ES-1096/15/CR/TR/e-.

La cuestión litigiosa ha versado sobre el alcance de la encomienda de gestión efectuada por la Confederación Hidrográfica del Guadiana (CHG) a la mercantil estatal TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A (TRAGSATEC), filial de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A (TRAGSA), a fines de prestación de auxilio material y asistencia técnica en la tramitación de los expedientes sancionadores competencia del organismo de cuenca. Dicha encomienda se amparó en la, por entonces, vigente DA25ª del RDleg.3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) -actual DA24ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)- la que confiere a la mercantil estatal TRAGSA y a sus filiales el carácter de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado, conforme a la cual se le pueden encomendar las funciones reseñadas en el apartado 4 de la citada DA25ª.

La Sala analiza el alcance de las labores encomendadas, a la luz del Pliego de Bases que las disciplinó en este caso, y más en concreto, en su Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, apdo. 4, Trabajos a Realizar. En el mismo se atribuyen a TRAGSATEC, entre otras, las funciones de elaboración de dosieres, valoración de la viabilidad del expediente sancionador, análisis y valoración de las alegaciones del interesado, elaboración de notas-resumen y borradores -tanto del pliego de cargos como de la propuesta de resolución, la resolución misma y la resolución del recurso administrativo que pudiera interponerse-, así como la posesión material e impulso efectivo del expediente administrativo.

Concluye la Sala que la atribución de tales funciones a la mercantil estatal vulnera, de un lado, el derecho de defensa ex art. 24 CE. Supuso una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, que sólo deben corresponder a los titulares de los órganos administrativos que poseen la competencia ex art. 12.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y, por último, supuso la gestión material del expediente por personal laboral dependiente de una sociedad mercantil. En consecuencia, anula la resolución sancionadora.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.- La Abogacía del Estado, en la representación procesal por ley atribuida, presentó el 7 de mayo de 2019 escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia, en el cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución impugnada, denunció la infracción de los siguientes preceptos: arts. 24 y 103 de la Constitución Española; arts. 19 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; arts. 11 y 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; arts. 4.1.n) y 24. 6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y art. 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Habiendo efectuado el preceptivo juicio de relevancia, invocó la concurrencia de los siguientes supuestos de interés casacional recogidos en el artículo 88 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: 2.a), 2.b), 2.c) y 3.a).

TERCERO.Admisión del recurso.- Mediante auto de 6 de junio de 2019, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 12 de noviembre de 2019, acordando:

<< 1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 5429/2019 preparado por la Abogacía del Estado, en la representación procesal por ley atribuida, frente a la sentencia nº 74/19 -5 de marzo- de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha por la que, estimando el Procedimiento Ordinario nº 344/16, se anula la resolución -14 de julio de 2016- del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, por la cual se imponía a D. Jose Miguel una sanción de 13.000 €, obligación indemnizatoria de 686,84 € más un recordatorio de orden de cierre de pozo abierto acordada en el expediente sancionador ES 400/00 y la prohibición de realizar cualquier riego desde el pozo en cuestión, todo ello por la comisión de una infracción del art. 116.3.b) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas, calificada de menos grave por el art. 316.c) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, RD. 849/2016 de 11 de abril -Exp. ES-1096/15/CR/TR/e-. 2º) Precisar que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: Si entre



las funciones a encomendar a la mercantil estatal TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A (TRAGSATEC), filial de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A (TRAGSA) -en aplicación de la DA25ª.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, vigente DA24ª.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre- cabe atribuir el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: arts. 24 y 103 de la Constitución Española; arts. 19 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; arts. 11 y 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; art .9 del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; arts. 4.1.n), 24. 6 y DA25ª.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y arts. 32 y DA24.4ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. **4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo. **5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto. **6º)** Para la tramitación y decisión del recurso, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por el Sr. Abogado del Estado con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<...dicte sentencia por la que estime el recurso revocando la sentencia recurrida. Con imposición de costas.>>

QUINTO. Oposición al recurso.- Dado traslado para oposición a la representación procesal de D. Jose Miguel, se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso, solicitando su desestimación, con expresa condena en costas a la parte recurrente.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 29 de septiembre de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamento. Se interpone el presente recurso de casación 5429/2019 por la Administración General del Estado contra la sentencia 74/2019, de 5 de marzo, dictado en el recurso contencioso-administrativo 344/2016, que había sido promovido por Don Jose Miguel, en impugnación de la resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, de 14 de julio de 2016 (expediente ES-1096/15/CR/TR), por la que se le imponía una sanción de multa por importe de 13.000 €, así como la obligación de indemnizar al Organismo de Cuenca en la cantidad de 686,84 €, por los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico; todo ello como consecuencia de una infracción menos grave contra el mencionado dominio, consistente en la derivación de aguas de sus cauces y alumbramiento de aguas subterráneas careciendo de la correspondiente autorización.

La sentencia de instancia, estimando el recurso, anuló la mencionada resolución.

Los fundamentos para esa declaración se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en el extenso fundamento sexto, en el que se declara:

"Intervención de TRAGSAETC en el expediente.

"1.- Exposición de la cuestión.

"El actor denuncia en el escrito de demanda que se ha producido la tramitación íntegra del expediente por la empresa TRAGSA, como deriva de la referencia <<TR>> que consta en la identificación del número de expediente. Asegura que no es posible la encomienda de gestión en este tipo de expedientes, que se vulnera la necesaria confección y custodia del expediente por la Administración, el régimen de derechos del administrado en relación con el expediente administrativo y que no se garantiza que el trámite se audiencia se da en los términos legales.

"En sentencia de 21 de octubre de 2015, recurso 396/2012, anulamos un expediente administrativo porque no se dio el trámite de audiencia correctamente, al pretender realizarse dicho trámite procesal a través de la empresa TRAGSA. Sin embargo, es cierto, como señala el Abogado del Estado, que en la posterior sentencia de 25 de octubre de 2017, recurso 152/2016, minoramos la trascendencia de la intervención de dicha entidad. De modo que, planteada de nuevo la cuestión, se está en trance de aclarar definitivamente las posibles contradicciones en que haya podido incurrir la Sala y establecer un criterio definitivo.



"2.- Intervención concreta de TRAGSATEC en el expediente administrativo sancionador de autos, de acuerdo con la documentación remitida por la Confederación Hidrográfica del Guadiana.

"Tras las muchas vicisitudes que se dejaron indicadas en el apartado de antecedentes de hecho, finalmente, en el oficio de la Confederación de fecha 24 de octubre de 2018 se aclaró que aunque la mercantil TRAGSA no tuvo ninguna intervención en relación con el expediente de autos, sí la tuvo TRAGSATEC, S.A. (Tecnologías y Servicios Agrarios, Sociedad Anónima), que no es sino una filial de TRAGSA. Y se indica (por referencia al Pliego de Bases en el que luego nos detendremos con más detalle) que la intervención de TRAGSATEC fue la siguiente:

"- Analizar la denuncia y el informe técnico con el fin de valorar la viabilidad del inicio del procedimiento sancionador.

"- Elaborar un borrador de acuerdo de incoación para que si se considera oportuno se inicie el procedimiento y se designe instructor.

"- Dar de alta el expediente en el sistema informático.

"- Elaborar un borrador de pliego de cargos para conocimiento del Instructor y posterior envío al denunciado.

"- Recibir las alegaciones del imputado (este punto no se incluye expresamente en el texto del oficio, pero veremos luego que es una de las funciones de acuerdo con el resto de documentación aportada).

"- Analizar jurídicamente las alegaciones presentadas por el imputado y elaborar una nota-resumen de las mismas para el Instructor. Redacción, cuando proceda, de un nuevo pliego de cargos.

"- Dar soporte en la elaboración de oficios varios.

"- Confeccionar un borrador de propuesta de resolución motivada para conocimiento del Instructor.

"- Notificar al interesado, cuando proceda.

"- Citar y dar soporte en la práctica del trámite de audiencia al interesado.

"- Estudiar en concreto las alegaciones presentadas en la audiencia.

"- Preparar el borrador de la resolución para conocimiento del Organismo de cuenca.

"- Notificar al interesado, cuando proceda.

"- Escanear toda la documentación obrante en el expediente e incorporarla al sistema informático.

"- Elaborar un borrador de informe jurídico en caso de interposición de recursos.

"La Confederación también aclaró por fin, tras varios intentos, que la mención TR o TRG en los expedientes indica la intervención de dicha sociedad mercantil.

"Además, en oficio de 5 de junio de 2018 la Sala preguntó a la Confederación Hidrográfica del Guadiana si TRAGSA realizó tareas de <<apoyo o administrativo en cuanto a bastanteo o comprobación de la documentación, grabación de datos y alta en el sistema informático, envío de los documentos a los interesados o actuaciones similares>>; la Sala preguntó en tal sentido a la vista de que se negaba por la Confederación y sin embargo eso fue lo que literalmente había informado la propia Confederación en el seno del recurso contencioso-administrativo 396/2012. Pues bien, por oficio de 16 de julio de 2018, la Confederación Hidrográfica del Guadiana dijo que dicho recurso se refería a un expediente diferente y que por eso las circunstancias eran diferentes. Sorprendentemente, cuando se ha insistido mediante providencia de 22 de octubre de 2018, la Confederación ha informado, desmintiendo lo que afirmó anteriormente, que en efecto TRAGSATEC ha realizado en este expediente tareas tales como dar de alta el expediente en el sistema informático, dar soporte en la elaboración de oficios varios, citar y dar soporte en la práctica del trámite de audiencia al interesado y escanear toda la documentación obrante en el expediente e incorporarla al sistema informático, tareas que, como hemos visto, negó en oficios anteriores que TRAGSA hubiera efectuado. La actitud de la Confederación Hidrográfica del Guadiana en este punto es poco aceptable viniendo de una Administración pública. Más adelante, al analizar la trascendencia de la intervención de TRAGSATEC, se examinará con más detalle dicha intervención con el debido análisis del Pliego de Bases en sus distintos apartados. "3.- Sobre la naturaleza jurídica de TRAGSATEC.

"TRAGSATEC, S.A. es una sociedad anónima mercantil filial de TRAGSA, compartiendo ambas igual naturaleza, como vamos a ver.

"TRAGSA fue creada por RD 379/1977, de 21 de enero, y el art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, determinó que su naturaleza era la de una Sociedad Estatal de las del art. 6.1.a de la Ley General Presupuestaria de 1988, es decir, una sociedad mercantil de capital público;

como tal, y de acuerdo con el art. 6.2 de la misma LGP, aunque pertenezca al sector público a efectos de la Ley General Presupuestaria, somete su actividad al Derecho privado: mercantil, civil o laboral.

"En la fecha del expediente administrativo de autos, el régimen de TRAGSA y sus filiales se contenía en: a) la DA 25 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la cual mantiene expresamente (apartado 1) el carácter de sociedad mercantil estatal (actualmente contempladas éstas en el art. 3.2.b de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), y b) el Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales.

"Según la mencionada DA 25, el grupo de sociedades mercantiles estatales integrado por la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y las sociedades cuyo capital sea íntegramente de titularidad de ésta (como es el caso de TRAGSATEC), tiene por función la prestación de servicios esenciales en materia de desarrollo rural, conservación del medioambiente, atención a emergencias, y otros ámbitos conexos. El capital social de TRAGSA será íntegramente de titularidad pública.

"Se trata pues de una sociedad mercantil, que aunque estatal, actúa sujeta al derecho privado. Carece desde luego del carácter de Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (norma aplicable en la fecha del expediente) y en el mismo sentido el actual art. 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De modo que aunque estos entes pertenecen al <<sector público>>, de ninguna forma se integran en el concepto de <<Administración Pública>>, integrado por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, la Administración Local y los organismos públicos y entidades de derecho público. En este sentido puede consultarse, para un caso similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 09/12/2013, recurso 5812/2011, FJ 7º: <<GIT es, ciertamente, una empresa pública, integrada en el sector público asturiano, que sirve de instrumento a la Administración autonómica para los fines que constituyen el objeto social que le asignó el legislador del Principado. Es un medio propio de la misma, pero no forma parte de esa Administración y tiene en sus estatutos y en el ordenamiento jurídico privado las principales normas de actuación>>.

"4.- Sobre la naturaleza de la relación existente entre la Confederación Hidrográfica del Guadiana y TRAGSATEC.

"En el recurso contencioso-administrativo 396/2012 la Confederación Hidrográfica del Guadiana defendió que la relación con TRAGSATEC era una encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo (actual art. 11 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico). En aquella ocasión dijimos ya, y lo reiteramos ahora, que esto no era posible, dado que según el art. 15 la encomienda de gestión sólo puede tener lugar en favor de otra Administración Pública o Entidad de Derecho Público, y, como acabamos de ver, no es el caso (véase la ya citada S.T.S. de 9 diciembre 2013, recurso 5812/2011, FJ 8º). Lo mismo deriva también hoy del art. 11 de la Ley 40/2015, que indica que la encomienda de gestión se hace a favor de "órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración". Cuando se trate de encargar actividades a personas sujetas al derecho privado, el art. 15.5 de la Ley 30/1992 dice no se aplicará el régimen jurídico de la encomienda de gestión, remitiendo a la legislación de contratos del Estado y aclarando que no podrán en tal caso encomendarse a personas de esta naturaleza privadas actividades que <<hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo". El actual art. 11 indica en el mismo sentido que: "Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta>>.

"Aclarado que no se trata de una encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, hay que decir que sin embargo tampoco se trata de una relación contractual. El régimen que regula la relación entre Confederación y TRAGSATEC, como señala el Abogado del Estado, es el que se indica en la DA 25 de la Ley de Contratos del Sector Público, que señala que TRAGSA y sus filiales integradas tienen la consideración de <<medios propios instrumentales y servicios técnicos>> de las Administraciones Públicas. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con las Administraciones tienen naturaleza <<instrumental>> y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión (que nada tienen que ver con la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, véase a este respecto la S.T.S. de 09/12/2013, recurso 5812/2011, FJ 8º) de las previstas en el artículo 24.6 de dicha Ley, por lo que, a todos los efectos, son relaciones de carácter interno, dependiente y subordinado. El art. 24.6 indica:

"<<6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.



"<<En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

"<<La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas>>.

"Y el art. 4.1.n excluye de la Ley de Contratos del Sector Público :

"Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso...

"Mientras que el art. 1 del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto indica:

"<<El objeto de este real decreto es desarrollar el régimen jurídico, económico y administrativo de la «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), y de sus filiales cuyo capital sea íntegramente de la titularidad de ésta, en sus relaciones con las Administraciones Públicas y sus poderes adjudicadores, en el ámbito de la acción administrativa dentro o fuera del territorio nacional, en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico. El resto de las actuaciones empresariales de TRAGSA y sus filiales se regirán por las normas de general aplicación a las sociedades mercantiles, sin perjuicio de su consideración de poder adjudicador a los efectos de lo previsto en la Ley de Contratos del Sector Público>>.

"En conclusión y en resumen: TRAGSATEC es:

"<<a) una sociedad mercantil estatal que rige su actividad por el derecho privado;

"<<b) que tiene con la Administración una relación no contractual, sino instrumental, ya que tiene la condición de "medios propios instrumentales y servicios técnicos" de las Administraciones Públicas.

"<<c) pero sin que desde luego se trate, en absoluto, de una Administración Pública, sin que ni su personal ni sus actos estén sujetos al régimen público propio de las Administraciones Públicas.>>

"A nuestro juicio nada tiene que ver al caso el hecho, alegado por el Abogado del Estado, de que el TJUE haya podido considerar que desde el punto de vista de la libre concurrencia a la contratación pública, TRAGSA no deba sujetarse a las normas ordinarias de contratación debido a la vinculación que posee con la Administración, cosa que si bien puede ser relevante desde ese punto de vista contractual, no convierte en absoluto a la sociedad mercantil en una Administración Pública para operar jurídicamente respecto de los administrados; para ello debería reformarse la Ley de Procedimiento Administrativo Común en su definición de las Administraciones Públicas y alterarse el concepto mismo de lo que sea una Administración Pública.

"5.- Sobre la incidencia de la intervención de TRAGSATEC en el expediente desde el punto de vista de las especiales características de la potestad sancionadora administrativa.

"5.1. Las especiales características de la potestad sancionadora administrativa.

"El ejercicio por la Administración del ius puniendi del Estado supone la asunción por aquélla, por razones eminentemente prácticas, de una función que está en el mismo corazón de las potestades públicas más propias e intensas del Estado respecto de los derechos de los ciudadanos, hasta el punto que, como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 , en principio tal potestad habría de corresponder exclusivamente al Poder Judicial antes que a la Administración, si bien se le atribuye a esta última por razones eminentemente prácticas: <<No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con



ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados>>.

"Es por ello que aunque a partir del art 25.3 CE se infiere el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, ello es siempre, sigue la sentencia mencionada, con una serie de límites que, <<contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas>>.

"La intensa conexión entre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y la acción penal se pone de manifiesto en el hecho de que es únicamente en este ámbito, de todos los ámbitos administrativos, en el que el Tribunal Constitucional declara aplicables las garantías del art. 24 CE. Así, el Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, tiene declarado que en el Estado hay un único ius puniendi, donde el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son manifestaciones del mismo ordenamiento punitivo del Estado: <<...ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad (...)>>

"Por razón de tratarse del ejercicio del ius puniendi, la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2004 recuerda que <<...se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24 CE >>.

"Todo lo anterior nos permite afirmar que la función administrativa sancionadora no es idéntica en todo a cualquier otra actividad administrativa, sino que tiene una especial naturaleza en la que la importancia de lo público resulta, si cabe, todavía más nuclear. Y en este sentido, si toda potestad administrativa ha de ser ejercida por su titular, en este ámbito debe tenerse presente que la actividad de órganos instructores y resolutores se refiere a una potestad que reclama un delicado ejercicio de ponderación de aspectos jurídicos y fácticos con el fin de declarar la culpabilidad (valoración de los hechos, determinación de las normas aplicables, incardinación de los primeros en las segundas para determinar la concurrencia de infracción, análisis de la culpabilidad de los ciudadanos, determinación de las sanciones) que reclama un análisis personal y propio por los titulares de las potestades correspondientes, resultando odiosa, por la naturaleza del acto a dictar, la idea de cualquier posible abdicación en el ejercicio directo y propio de las mismas.

"5.2. La incidencia de la intervención de TRAGSATEC en el expediente desde el punto del carácter sancionador del expediente.

"Recogiendo la enumeración realizada en el punto 2 del presente fundamento, debemos ahora analizar críticamente en qué consistió en definitiva la intervención de TRAGSATEC en el expediente sancionador y las consecuencias de tal intervención, cuando las haya, primeramente desde este aspecto de tratarse, justamente, no de cualquier expediente administrativo, sino de uno sancionador.

"En el análisis se hará referencia al Pliego de Bases del <<Servicio Técnico>> que rige las relaciones entre la Confederación Hidrográfica del Guadiana y TRAGSATEC y que tiene las siguientes partes, por lo que al caso interesa:

"-Documento 1: Memoria, en particular su Anexo 1º Justificación de Precios.

"-Documento 2: Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, en particular su apartado 4 Trabajos a Realizar.

"-Documento 3: Presupuestos.

"Este encargo de Servicio Técnico parece tener encaje en la previsión de la DA 25.4 de la Ley de Contratos del Sector Público cuando dice que <<TRAGSA y su filial TRAGSATEC también estarán obligadas a satisfacer las necesidades de las entidades del sector público ...mediante la realización...de la planificación, organización, investigación, desarrollo, innovación, gestión, administración y supervisión de cualquier tipo de asistencias y servicios técnicos>>. No obstante, llama la atención que en el Pliego de PTP se diga que lo que se encarga es un servicio técnico externo para <<necesidades de carácter circunstancial, no permanentes>>, cuando se trata de asistir a la actividad sancionadora de la Confederación, que es permanente y típica de la misma.



"Pues bien, señalaremos seguidamente los distintos aspectos de la intervención de TRAGSATEC que a nuestro juicio pueden plantear problemas desde el punto de vista de la tramitación de un expediente administrativo de naturaleza sancionadora.

"a) Los <<dossieres>>. En primer lugar, y en una visión general inicial, está claro que TRAGSATEC asume, a través de lo que se denomina <<dossieres>> (Anejo 1º de la Memoria, Capítulo 2, y Pliego de PTP, apartado 4.2), la elaboración completa y en todas sus partes de un verdadero expediente administrativo, aunque desde luego bajo la última firma del funcionario correspondiente. La Sala ha comprendido perfectamente que la intervención de TRAGSATEC no implica el dictado de actos administrativos. Ahora bien, pese a ello, es innegable que se le encarga la elaboración completa de un expediente <<en la sombra>>: <<Dichos dossiers han de observar el procedimiento específico previsto para la tramitación de expedientes sancionadores derivados de infracciones cometidas contra la Ley de Aguas, de conformidad con lo establecido en el art. 327.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico ...y que será el específico de los artículos 328 y siguientes del citado reglamento y de forma supletoria se aplicará el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el R.D. 1398/1993, de 4 de agosto>>.

"De modo que como vemos no se trata de asistir puntualmente al dictado de alguna resolución; tras la denuncia, TRAGSATEC elabora un verdadero expediente administrativo completo, sin perjuicio desde luego de que luego sean firmadas las resoluciones por los funcionarios correspondientes.

"b) La valoración de la viabilidad del expediente sancionador. De acuerdo con el Anejo 1º de la Memoria, Capítulo 2, nº de orden 9, código 2.1, constituye parte de las obligaciones de TRAGSATEC el <<Análisis de informe técnico y denuncia con el fin de valorar de la viabilidad del inicio del expediente sancionador>>.

Podemos ver aquí la existencia de un filtro inicial al ejercicio de la potestad sancionadora por su legítimo titular, pues de la valoración de la viabilidad del expediente depende que llegue a haber expediente. Un filtro sistemático que por lo tanto compromete el ejercicio de la potestad por su legítimo titular en su misma base y en su mismo inicio, así como supone una infracción del art. 9.2 del EBEP, según el cual <<En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas ... corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca>>. Y desde luego aquí hay una participación cuando menos indirecta.

"Recapitulando desde el principio, lo que puede verse en el Pliego de PTP, apartado 4.1, es que en la fase previa a la incoación del procedimiento sancionador el Servicio Técnico (esto es TRAGSATEC), puede elaborar un <<preinforme>> que se manda al Servicio de Vigilancia (este sí personal propio de la Confederación Hidrográfica del Guadiana) que puede elaborar una denuncia. También puede ser, naturalmente, que la denuncia se elabore por propia iniciativa del Servicio de Vigilancia de la Confederación. Sea como fuere, este boletín de denuncia no se remite a los órganos de la Confederación, sino a TRAGSATEC, que elabora un borrador de Informe Técnico (este es el informe que obra a los folios 4 a 6 del expediente administrativo, aquí ya asumido y firmado por el Jefe de Servicio) <<en el que se detallarán los hechos comprobados por el Servicio de Vigilancia en campo de cara la posible incoación de un procedimiento sancionador>>.

"Pues bien, todo este material (denuncia e informe principalmente) se recibe entonces por la <<componente jurídica del Servicio>> (TRAGSATEC también), que lo bastatea y comprueba y graba en el sistema informático (Pliego de PTP, apartado 4.2, primer punto). El siguiente punto habla de la elaboración de un borrador de Acuerdo de Incoación; pero ello será previo el ya mencionado "Análisis de informe técnico y denuncia con el fin de valorar de la viabilidad del inicio del expediente sancionador" por la propia TRAGSATEC (Anejo 1º de la Memoria, Capítulo 2, nº de orden 9, código 2.1).

"c) El análisis y valoración de las alegaciones del interesado y las notas-resumen: No es este el único filtro que se interpone entre el ejercicio de la potestad sancionadora y los funcionarios que representan a su legítimo titular. También hay un filtro -a nuestro juicio no admisible- entre el expedientado y los órganos instructor y sancionador legítimos y únicos titulares de la competencia para ejercer el ius puniendi del Estado, con afcción efectiva al art. 24 CE y al art. 9.2 del EBEP.

"Según podemos ver, las alegaciones del interesado al pliego de cargos (realizado por el Instructor sobre la base de un borrador elaborado por TRAGSATEC) son analizadas jurídicamente por TRAGSATEC, que elabora una <<nota resumen>> con las mismas para el Instructor (Anejo 1º de la Memoria, Capítulo 2, nº de orden 13, código 2.5). Y en el Pliego de PTP, apartado 4.2, se indica que <<el personal de la asistencia recepciona los escritos presentados por los interesados en esta primera fase del procedimiento, procediendo a su escaneo y vinculación a las bases de datos, siendo el personal jurídico el que analice las alegaciones y resuma su contenido a efectos de comentarlo con el instructor del procedimiento y proceder a emitir el siguiente borrador, según las indicaciones que se transmitan, que podrán derivar en la práctica de las pruebas correspondientes y solicitando los informes necesarios para esclarecer los hechos>>. Exactamente lo mismo se dice en el punto <<Trámite de audiencia>>.



E incluso se llega a decir que <<a demanda del Servicio instructor del procedimiento sancionador, se elaborará un borrador de informe técnico aclaratorio y/o contradictorio que determine la veracidad de las alegaciones o manifestaciones presentadas>> (Pliego de PTP, apartado 4.1).

"Todo ello incide en el corazón mismo del derecho de defensa. Una labor que es exclusiva y excluyente de los titulares de los órganos competentes se atribuye aquí al personal de una sociedad mercantil. Quien es imputado en un procedimiento sancionador tiene derecho a que el Instructor del procedimiento examine directamente sus alegaciones, y no a través de una nota-resumen elaborada por un desconocido empleado de una sociedad mercantil que <<comenta>> su contenido con el Instructor. Si el instructor no examina por sí el material alegatorio y probatorio aportado por el expedientado, sino que se limita a examinar un material previamente rehecho o reciclado por terceros, queda directamente vulnerado el derecho de defensa del art. 24 CE. El expedientado no tiene porqué soportar que sus alegatos lleguen filtrados, traducidos y resumidos al Instructor y al órgano sancionador a través de una nota resumen realizada por el desconocido trabajador laboral de una sociedad mercantil, cuya corrección, en cuanto a la fidelidad y completitud de lo que se vuelca en ella, ni siquiera es posible verificar porque es un documento que no se incorpora al expediente.

"No negamos que si el Instructor lo desea podrá consultar las alegaciones propiamente dichas. Pero a ello hay que indicar:

"a) Primero, dado que las alegaciones de los interesados son recibidas no por la Confederación, sino por la propia TRAGSATEC (véase el Pliego de PTP, apartado 4.2, punto <<Estudio de las alegaciones>>), ni siquiera existe una garantía pública de integridad e identidad de dichas alegaciones y de los documentos o pruebas anejas a las mismas.

"b) Además de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que si todo el sistema se establece para descargar de trabajo a la Confederación (así lo señala el Abogado del Estado en su escrito de 9 de noviembre de 2018: <<Conviene hacer constar que la Confederación tiene un personal escasísimo, por lo que le resulta imprescindible para funcionar mínimamente contar con la oportuna asistencia técnica. Es más, pese a contar con esa asistencia, a duras penas puede llevar a cabo las funciones que tiene asignadas>>), cuando, decimos, el sistema se establece a tal fin, no parece que pueda asegurarse que el Instructor vaya a analizar la real y perfecta correspondencia entre las alegaciones y la nota resumen, pues ello supondría no una descarga, sino un trabajo añadido al ordinario de examinar las alegaciones. Tampoco en fase de recurso administrativo puede el expedientado tener esperanzas de hacer llegar su propia voz al órgano encargado de resolver, pues <<se emitirá un borrador jurídico sobre las distintas alegaciones presentadas en el recurso interpuesto>> (Pliego de PTP, apartado 4.2, penúltimo punto).

"Este obstáculo al acceso directo del expedientado al Instructor del expediente, que luego ha de elaborar la propuesta de resolución -aunque ya veremos que tampoco la elaboración de la misma la realiza éste realmente-, y a través de ello, en definitiva, al órgano que ha de resolver, supone una vulneración de la esencia del derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE.

"d) Los borradores de resolución: No se trata ya solo de que se posibilite que el Instructor pueda decidir sobre la base de una nota resumen, sino que además la decisión que tome a la vista de la nota resumen está siempre mediatizada por los <<borradores>> que preceden al dictado de todas y cada una de las resoluciones, sean de trámite o definitivas. TRAGSATEC hace un borrador del pliego de cargos, un borrador de la propuesta de resolución previa valoración de los alegatos del expedientado que recibió directamente ella misma (de los que se pasa al Instructor una nota-resumen junto con el borrador a firma), de la resolución y de la resolución del recurso administrativo que pueda interponerse. Y debe quedar claro que estos "borradores" son textos solo pendientes de la correspondiente firma, como queda claro si se observa la descripción que del contenido del borrador de pliego de cargos se hace en el punto correspondiente del Pliego de PTP, apartado 4.2, o la remisión que se hace, según ya vimos, a que TRAGSATEC cumpla con todas las exigencias del procedimiento sancionador regulado en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico y subsidiariamente en el Reglamento del Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

"Esta mediatización compromete el ejercicio de las competencias por sus legítimos titulares, algo a lo que el imputado en un expediente sancionador tiene pleno derecho, pues si ya las alegaciones del interesado se conocieron principalmente a través de una nota resumen, y después es la sociedad mercantil la que elabora material e intelectualmente el documento que va a ser la respuesta a las mismas, se está produciendo una delegación no formal, pero sí material, del ejercicio del ius puniendi.

"La sentencia del Tribunal Supremo de 08/10/2013, cas. 5847/2011, alude a un supuesto de encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, y por tanto a un caso distinto del de autos. Sin embargo, pueden ser de interés algunas de sus reflexiones, pues obviamente lo que se prohíba para la encomienda del art. 15 de la Ley 30/1992 estará igualmente prohibido en el caso de la <<encomienda>> a un ente instrumental del art 4.1.n 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público - más todavía, en realidad, al no ser aquí el encomendado una



Administración Pública, a diferencia del caso del art. 15-. Pues bien, señala el Tribunal Supremo en el FJ 6º que los <<elementos determinantes>> del ejercicio de la competencia que pueden ser <<alterados>> por la encomienda solo son los que no sean <<sustantivos>>; en el sentido, dice el Tribunal Supremo, y según la definición del Diccionario de la Lengua Española, de que no sean importantes, fundamentales o esenciales; el objeto de la encomienda, por otro lado, <<sólo puede ser la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios; de suerte que sólo será posible acudir a ella para o en relación a potestades administrativas cuyo ejercicio requiera, además de la adopción de actos jurídicos, la realización de actividades reales, de contenido material, técnico o prestacional, siendo sólo a éstas, no a aquellos, a las que ha de ceñirse la encomienda>>. Y en concreto destaca más adelante en el FJ 7º que no parecen encomendables tareas de valoración con apreciación de conceptos jurídicos indeterminados con un lógico margen de apreciación.

"En el caso de autos la tramitación del expediente administrativo, una vez formulada la denuncia, no requiere de tareas distintas a las de la <<adopción de acuerdos jurídicos>>, pero es justamente en el seno del dictado de dichos acuerdos cuando se renuncia por la Confederación a realizar a través de sus funcionarios las funciones intelectuales y valorativas propias. Además, se trata de funciones importantes, fundamentales o esenciales, pues como vimos determinan completamente el contenido de los actos administrativos que se dicten, al actuar como filtro entre el administrado y el órgano administrativo; y, por último, suponen tareas de valoración y aplicación de concepto jurídicos indeterminados, con margen de apreciación y además en materia tan sensible como la sancionadora.

"6.- Sobre la incidencia de la intervención de TRAGSATEC en el expediente desde el punto de vista de la gestión de los expedientes de naturaleza administrativa en general.

"Al margen del cómo afecta este régimen al ejercicio del ius puniendi, lo cierto es que plantea al mismo tiempo problemas insolubles desde el punto puramente administrativo formal en cuanto a la tramitación regular de un procedimiento administrativo.

"Es cierto que el Pliego posee cláusulas que aparecen como cautelas generales, tales como las de que las funciones encomendadas <<nunca puede suponer el ejercicio de funciones públicas ni tampoco funciones propias de secretaría, unidades de apoyo ni registro>>. Sin embargo, la descripción en detalle de las funciones encomendadas pone en entredicho semejantes cautelas. Recordemos que en el recurso contencioso-administrativo 396/2016 la Confederación se defendió no negando la intensa intervención de TRAGSATEC, sino afirmando que trámites como, por ejemplo, el de audiencia con vista del expediente, no estaban sujetos al derecho administrativo; cosa que se rechazó por la Sala.

"La ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 08/10/2013, cas. 5847/2011, deja claro que no puede ser objeto de la encomienda del art. 15 de la Ley 30/1992 (mucho menos por tanto de la de autos del art 24.6 y 4.1.n de la Ley de Contratos del Sector Público) tareas que impliquen gestión de expedientes administrativos, confirmando la sentencia de instancia en tanto que anuló la encomienda <<al entender que algunas de las tareas encomendadas en la disposición tercera de aquella Orden, no son -a diferencia de lo alegado por la Administración- meras <actividades materiales consistentes en la realización de funciones técnicas>>. Bastaría aludir -dice después- <<a las tareas consistentes en la 'gestión y control de los expedientes administrativos que se generen como consecuencia del desarrollo de este proyecto', o a las referentes al 'control y gestión del sistema de inscripciones: registro y comprobación de las solicitudes, gestión de incidencias, así como todas aquellas tareas encaminadas a garantizar el cumplimiento de los objetivos del proyecto>>.

"En este sentido, como hemos visto más arriba, y se detalla en el Pliego de PTP, apartado 4.2, TRAGSATEC se encarga de la recepción de los escritos presentados por los interesados, los escanea y vincula a las bases de datos, recibe y bastanea la documentación y se encarga de hacer la <<citación y soporte en la práctica del trámite de audiencia a los interesados>> (pudimos comprobar en el recurso 396/2012 que semejante soporte consiste en realizar materialmente dicho trámite con el interesado); y, como se dice en numerosos puntos de los pliegos, <<presta apoyo>> en las notificaciones.

"Todo lo anterior supone una posesión e impulso efectivo del expediente administrativo y de sus documentos que está reñida con las exigencias elementales de custodia y fe pública que deben afectar a dicho expediente y que solo quedan garantizadas si el mismo es poseído, custodiado, ordenado, incorporado en sus documentos y exhibido al particular por los funcionarios públicos de la Administración titular de la potestad administrativa ejercida.

"Si TRAGSATEC, para empezar, es quien recibe directamente los escritos de alegación de los interesados (Pliego de PTP, apartado 4.2, apartado <<Estudio de las alegaciones>>), se compromete desde el inicio la garantía de identidad e integridad de tales escritos. Y lo mismo con la recepción y bastaneo del resto de documentación (Pliego de PTP, apartado 4.2, apartado <<Recepción de documentación>>).



"Como ya dijimos en la sentencia del recurso 396/2012 , la confección material, custodia y exhibición - cuando proceda- de los expedientes administrativos (máxime si son, como en este caso, sancionadores) son actividades pura, específica, típica y nuclearmente administrativas. La Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, dice que los procedimientos se tramitan bajo la responsabilidad de autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas (art. 35.b); y mal puede asumirse esa responsabilidad si el expediente ni siquiera se encuentra en poder físico de una sociedad mercantil sujeta al derecho privado, por mucho que preste servicios para la Administración. Esto es algo a nuestro juicio tan claro que parece sorprendente que hayamos llegado al punto en que sea necesario justificarlo e ilustrarlo expresamente. Es algo tan ínsito a todo el diseño estructural y conceptual de las Administraciones Públicas el que la formación, custodia y tramitación física de los expedientes administrativos es tarea de los servidores públicos, no <<externalizable>>, que las normas positivas no han considerado preciso hacer excesivas declaraciones explícitas al respecto, aunque desde luego las hay, como por ejemplo la se acaba de citar o la que luce en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales, que sí se cuida de establecer expresamente cosas tan elementales como que los expedientes son compilados materialmente, por agregación documental, por los funcionarios encargados de su tramitación (art. 164), que la Administración vela por la custodia, ordenación, clasificación y catalogación de los documentos y expedientes (art. 148) y que los expedientes así formados no pueden salir de las oficinas administrativas salvo desglose a petición de quien aportó un documento original, envío a un organismo público u orden de un Tribunal (art. 171). Pero que se diga tan claramente solo en cuanto a la Administración Local no quiere decir que tales reglas no sean equivalentes para el resto de Administraciones Públicas, pues estas reglas no son sino emanaciones de principios tales como el de que las Administraciones Públicas actúan con objetividad (art. 103 CE) y de la misma estructura normativa reguladora de la función pública, con sus derivaciones de fe pública, publicidad documental y responsabilidad. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común -aunque no sea aplicable al caso de autos creemos que puede ser citada a estos efectos- dedica su artículo 70 al <<expediente administrativo>>; dado que el procedimiento administrativo se tramita bajo la responsabilidad directa de los titulares de las unidades administrativas (art. 71.4), parece innecesario tener que argumentar demasiado acerca de que el rastro o soporte físico del procedimiento administrativo (el expediente) debe estar confeccionado, custodiado y manejado por los funcionarios de dichas unidades, pues mal puede asumirse esa responsabilidad si el expediente se a disposición de una sociedad mercantil que es la que, por ejemplo, recibe los documentos que presenta el expedientado y le remite los que elabora la Administración. Creemos que cuando el art. 70 alude al <<conjunto ordenado de documentos y antecedentes>> da por hecho que dicho conjunto se ordena bajo el control y tenencia efectiva de las unidades administrativas y no de una sociedad mercantil que lo posee bastantea documentos, incorpora al sistema informático y da vista al expedientado. E igual cuando habla de formar el expediente mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos.

"Así por ejemplo, y en cuanto al trámite de vista del expediente, en el que TRAGSATEC hace la <<citación y soporte>>, lo cual implica la realización material del mismo, como ya averiguamos en el recurso contencioso-administrativo 396/2012 (y no se nos dice en qué otra forma se pueda <<dar soporte>> a este trámite), es una actividad plenamente administrativa y sujeta al derecho administrativo. En ella ciertamente interviene el particular, pero interviene también la Administración a través de sus servidores públicos, que, sujetos a la debida responsabilidad disciplinaria, son quienes garantizan al administrado, sin ir más lejos, que lo que se les muestra es precisamente el expediente original, auténtico y completo, los que comprueban y garantizan que quien examina el expediente es <<el interesado>> o su representante legal (las leyes de procedimiento administrativo regulan todos estos conceptos propios del Derecho Administrativo); la vista ha de darse precisamente del expediente correcto, completo y auténtico, cosa que el trabajador de una sociedad mercantil no es nadie para asegurar frente al administrado; cuando puede ser preciso hacer un cómputo de plazos administrativos, en el momento en que el interesado se persona en las oficinas a ver el expediente, para determinar si se ha personado dentro del plazo que se le ha concedido; y cuando quien presenta las alegaciones, recibidas por TRAGSATEC, tiene derecho a que se le registre con fe pública el día y hora de presentación, que se le garantice que toda la documentación se une debidamente, que se le compulsen con los originales las copias de documentos que pueda presentar junto con las alegaciones, o que se le dé un certificado de la comparecencia (art. 40.3 Ley 30/1992), cosas todas ellas que una sociedad mercantil y sus empleados están más que lejos de poder realizar en derecho; en derecho administrativo, desde luego.

"En suma, creemos que quien custodia el expediente, recibe los documentos, los bastantea e incorpora al expediente, da vista del mismo al expedientado, no puede ser una sociedad mercantil a través de sus empleados, sino la Administración Pública responsable del expediente a través de los servidores públicos que han accedido a los puestos de la manera legalmente prevista y con las exigencias propias de los puestos y que están sujetos a la debida responsabilidad disciplinaria.



Además de lo anterior, el esquema diseñado por la Confederación provoca la intervención relevante en la toma de decisiones de personas que, con una relación meramente laboral con una sociedad mercantil, resultan desconocidas para el expediente. Lo cual compromete el régimen de abstención y recusación regulado por las leyes (arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992 , de Procedimiento Administrativo Común).

"7.- Consecuencias de lo hasta aquí razonado.

"De todo lo razonado hasta aquí se desprende, que la intervención de TRAGSATEC en el expediente produjo una vulneración del derecho de defensa del interesado en los distintos aspectos que se han reseñado más arriba, con vulneración del art. 24 CE ; supuso una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del ius puniendi, que solo deben corresponder a los titulares de los órganos administrativos que poseen la competencia, con vulneración del art. 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , del Procedimiento Administrativo Común ; y supuso la gestión material del expediente por personal laboral dependiente de una sociedad mercantil, lo que vulnera las disposiciones que se han reseñado más arriba.

"8.- Sobre la compatibilidad de este sistema con la Ley de Protección de Datos Personales.

"Por providencia de 13 de noviembre de 2018 la Sala planteó a las partes tesis acerca de la compatibilidad del sistema de apoyo por TRAGSATEC en la tramitación de expedientes sancionadores con el régimen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; en particular, si, pese a lo que contempla su artículo 12 , el caso viene afectado por el artículo 7.5, en tanto que limita estrictamente a las Administraciones Públicas la posibilidad de poseer ficheros relativos a sanciones. Siendo así que es claro que TRAGSATEC confecciona y posee un fichero con los datos correspondientes, cosa que no se niega por la Administración. En este punto debe considerarse plenamente convincentes las explicaciones ofrecidas por el Abogado del Estado en el sentido de que la referencia del art. 7.5, cuando señala que <<Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras>>, está aludiendo a la <<titularidad>> del fichero, no a la <<gestión>>, en correspondencia con las figuras del <<responsable>> y del <<encargado>> del art. 3 LOPDCP, gestión que es cedible de acuerdo con el art. 12 de la misma norma . Todo ello en relación con la Orden AAA/1772/2013, cuyo art. 6 permite efectivamente esa cesión de acuerdo con los arts. 11 , 12 y 21 LOPD ."

Contra la decisión de la Sala de instancia, a la vista de los fundamentos en que se justifica, se prepara recurso de casación por la Abogacía del Estado ante la Sala sentenciadora, que se tiene por preparado, dictándose por la Sala de Admisión de esta Sala Tercera auto, como ya se dijo, en el que se admite el presente recurso, estimando que la cuestión que suscita interés casacional objetivo es determinar " si entre las funciones a encomendar a la mercantil estatal TECNOLOGÍAS Y SERVICIOS AGRARIOS, S.A (TRAGSATEC), filial de la EMPRESA DE TRANSFORMACIÓN AGRARIA S.A (TRAGSA) -en aplicación de la DA 25ª.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , vigente DA24ª.4 Ley 9/2017, de 8 de noviembre - cabe atribuir el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores." Para el examen de dicha cuestión se considera procedente la interpretación, entre otros que se consideren procedentes, los artículos 24 y 103 de la Constitución Española; 19 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 11 y 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; 4.1º. n), 24. 6 y DA 25ª.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y arts. 32 y DA24.4ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Dado el trámite oportuno, se presenta el escrito de interposición en el que, sustancialmente se aduce por la Abogacía del Estado que, frente a las razones que se dan en la sentencia de instancia para estimar el recurso, debe tenerse en cuenta que se había producido una acumulación desmesurada de expedientes sancionadores en el Organismo de Cuenca, que requería el auxilio de medios materiales excepcionales, habiéndose recurrido a la encomienda, no en sentido técnico jurídico-administrativo, de TRAGSATEC, en cuanto que entidad de Derecho Público, aunque no forme parte de la Administración, como medios propios de la Administración, pero mediante la asignación de tareas accesorias del procedimiento, sin que pueda dictar resolución alguna, lo cual había sido ya admitido como posible en anteriores sentencias de la misma Sala territorial y de la homónima del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, para el mismo Organismo de Cuenca.

Ha comparecido en el recurso la mercantil recurrente en la instancia que suplica la desestimación del mismo.

SEGUNDO. Examen de la cuestión que suscita interés casacional. La cuestión que suscita interés casacional objetivo, en la forma delimitada, ha sido ya examinada y resulta por este Tribunal, debiendo mantener el mismo criterio no solo por la unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de interpretación de la ley, sino por la



eficacia de las sentencias dictadas en recurso de casación ahora reforzada en la nueva modalidad del recurso en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Hemos declarado en nuestra sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, dictada en el recurso de casación 5442/2019 (ECLI:ES:TS:2020:2812), lo siguiente, que es plenamente aplicable al presente supuesto:

"Procediendo, en primer lugar, a fijar la interpretación de las normas sobre las que se centra la cuestión que suscita interés casacional, conforme al orden de los pronunciamientos que nos impone el artículo 93.1º de nuestra Ley procesal, es obligado hacer algunas consideraciones previas porque, pese a la generalidad de la delimitación de dicha cuestión, no puede perderse de vista que el debate adquiere una especial dimensión por cuanto lo suscitado es en realidad y con carácter previo, examinar la posibilidad de que los procedimientos administrativos puedan ser tramitados con la intervención, en mayor o menor medida pero con un carácter de generalidad y permanencia para toda la actividad administrativa procedimental, por personal ajeno al personal estatutario de un determinado órgano de una Administración Pública; y posteriormente y en función de esa aclaración, determinar si concurren especiales circunstancias en la empresa pública TRAGSATEC para poder asumir esas funciones auxiliares a las que se hace referencia en el auto de admisión, de manera especial cuando se trate de procedimientos sancionadores.

"En esa delimitación del debate debe también ponerse de manifiesto que, aun cuando en la instancia y en el mismo escrito de interposición se centra las cuestiones debatidas en la naturaleza jurídica de la mencionada Entidad Pública Empresarial, es lo cierto que está más centrado en el ámbito doméstico de la Administración, del propio Organismo de Cuenca. En efecto, lo que realmente se debate en autos es, como en cierta medida deja entrever la delimitación de la cuestión casacional, si un procedimiento administrativo, en sí mismo considerado, puede ser tramitado con una intervención tan intensa como la que se refleja en la sentencia de instancia tiene dicha Entidad pública en el caso de autos o, si se quiere, si pueden intervenir en los trámites de un procedimiento personas ajenas al personal estatutario de la Administración, de los funcionarios públicos, en las importantes funciones del procedimiento que se reflejan en la sentencia recurrida se hace por el personal de la Entidad Empresarial que, como se deja constancia, no está sujeta al Derecho Administrativo en su actividad.

"La misma Sala de instancia, pese a centrar el debate en la relación jurídica entre TRAGSATEC y el Organismo de Cuenca, no escapa a esa polémica que se aborda de forma tangencial cuando, como hemos visto, se razona que "... es justamente en el seno del dictado de dichos acuerdos cuando se renuncia por la Confederación a realizar a través de sus funcionarios las funciones intelectuales y valorativas propias. Además, se trata de funciones importantes, fundamentales o esenciales, pues como vimos determinan completamente el contenido de los actos administrativos que se dictan, al actuar como filtro entre el administrado y el órgano administrativo; y, por último, suponen tareas de valoración y aplicación de concepto jurídicos indeterminados, con margen de apreciación y además en materia tan sensible como la sancionadora." Y ese criterio es el que se lleva a las conclusiones de la detallada exposición cuando se declara "... De todo lo razonado hasta aquí se desprende, que la intervención de TRAGSATEC en el expediente produjo una vulneración del derecho de defensa del interesado en los distintos aspectos que se han reseñado más arriba, con vulneración del art. 24 CE; supuso una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del ius puniendi, que solo deben corresponder a los titulares de los órganos administrativos que poseen la competencia, con vulneración del art. 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común; y supuso la gestión material del expediente por personal laboral dependiente de una sociedad mercantil, lo que vulnera las disposiciones que se han reseñado más arriba."

"Lo expuesto es relevante a la hora de examinar la cuestión que centra este recurso porque el debate no se centra tanto, como hemos visto acepta la propia sentencia de instancia, en el ámbito subjetivo de la Entidad Pública Empresarial y su especial naturaleza jurídica y peculiar relación con el Organismo de Cuenca, sino propiamente en si las funciones encomendadas a aquella puedan ser desarrolladas por personal, insistimos, que no tenga carácter estatutario.

"Pero esa delimitación ofrece, de manera inmediata, una nueva cuestión, cual es determinar la concreta intervención de la Entidad Pública Empresarial en tal tramitación del procedimiento, lo cual es decisivo a la hora de determinar la incidencia de esa intervención. Y en este sentido este Tribunal ha de partir de lo aceptado por el Tribunal de instancia --el recurso de casación hace abstracción de las cuestiones de hecho, como es esta, que, en el nuevo régimen casacional es más intensa esa exclusión, como pone de manifiesto el artículo 87.bis.1º de nuestra Ley Procesal -- que con una exquisita fundamentación deja constancia de esa incidencia, de la concreta intervención del personal de TRAGSATEC en la tramitación de los procedimientos sancionadores iniciados por el Organismo de Cuenca. Ya se ha expuesto en la anterior transcripción los detalles de dicha intervención que, en resumen, pueden sintetizarse, a los efectos que ahora interesan, en que es el personal de la Empresa Pública el que recepciona y comunica las resoluciones y realiza informes, dosieres y, en particular, las propuestas de las resoluciones relevantes del procedimiento, que son finalmente suscritas por el personal de la Confederación.



"Suscitado el debate de autos en la forma expuesta, debemos partir del esquema general sobre la actividad prestacional que compete a las Administraciones, como personificaciones del Poder Ejecutivo, que se articula ya a nivel primario en la Constitución mediante la denominada actividad administrativa (artículo 106), la cual está sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103), siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones, de las resoluciones, que se adopten.

"Si, como se ha expuesto, la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas y que dicho procedimiento está sometido a las normas que lo regulan, debe señalarse que, en cuanto que persona jurídica, la Administración Pública ha de actuar mediante órganos que son, conforme se disponía en el artículo 11 de la Ley 30/1992 y reproduce el artículo 5 de la vigente de la de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público , " las unidades administrativas a las que se atribuyan las funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo." La relevancia de los órganos de la Administración comporta que debe asignarse la competencia de los mismos, evitando duplicidades de funciones (artículo 11.3º de la Ley 30/1992) y constituyendo esa competencia, en cuanto que potestad, una faceta de derechos pero también de deberes, siendo la misma irrenunciable (artículo 8 de la Ley 30/1992).

"Es decir, la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos que, como se declara en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Empleado Público , aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de enero (también el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007), son " quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales." Y de manera específica dispone el artículo 9 en su párrafo segundo , que preceptivamente " el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca." Dicho régimen es plenamente aplicable al Organismo de Cuenca en cuanto que, como Organismo Autónomo estatal, así se impone ahora en el artículo 100 de la de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y ya antes en el artículo 47 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado .

"Pero ese debate ha de ser examinado conforme a la propia naturaleza de las peculiares circunstancias del presente supuestos. Y así, es cierto, como se deja constancia de las alegaciones de las partes y de la sentencia de instancia, que ningún reparo cabe hacer porque las Administraciones acuda a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (in house providing) que es la naturaleza no cuestionada que puede asignarse a la Empresa Pública TRAGSA y a sus filiales, entre ellas, TRAGSATEC, que es la aquí afectada (por todas nuestra reciente sentencia, con abundante cita, 686/2020, de 8 de junio, dictada en el recurso 1837/2016). No es eso de lo que se trata en el presente supuestos en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesario para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos. Por acercarnos al caso de autos, no se trata en el presente supuesto de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitarse, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución.

"A la vista de lo señalado debemos partir de una regla básica cual es que las Administraciones Públicas desarrolla su actividad mediante su propio personal que, como regla general, está sometido a una relación jurídica de carácter administrativo, la relación orgánica, en virtud del cual y mediante el correspondiente nombramiento pasa a adscribirse al órgano correspondiente de la Administración del que constituye el elemento humano, siendo



su titularidad la que le permite la actuación, no en nombre propio, sino de la misma Administración. Pero esa relación, precisamente por esa naturaleza estatutaria, genera también importantes derechos y deberes para el funcionario lo cual, a su vez, no es sino una manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda actividad pública. Ya hemos visto anteriormente la definición que acuña el Estatuto del Empleado Público de 2007 de los funcionarios exigiendo el monopolio de su actuación cuando sus funciones <<impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.>> Es manifiesto que la regla general las funciones propias de las Administraciones Públicas se llevan a cabo por los funcionarios públicos, a lo que ha de añadirse que bajo ningún concepto pueden excluirse de esa regla aquellas funciones que afecten, directa o indirectamente, a las potestades públicas o a la protección de los intereses generales, conceptos jurídicos indeterminados de los que sería difícil excluir alguna actividad administrativa.

"Añadamos a lo expuesto que esa reserva de la actuación del personal estatutario en la actividad administrativa va pareja a las garantías que han supuesto, en el Estado de Derecho, el Derecho Administrativo, que tiene entre su contenido un importante y compleja apartado dedicado a esa faceta de los poderes públicos, precisamente como un elemento a través del cual esos poderes actúan con la objetividad, imparcialidad y sometimiento pleno a ley y el Derecho, porque, a la postre, las Administraciones no son sino las personas a través de las cuales se manifiesta su decisión. De ahí, es importante señalarlo, que esa relación estatutaria comprende un amplio elenco de derechos pero también de deberes, con importante régimen sancionador, que precisamente se instauran como exigencia de esa relevante intervención en las actuaciones de los poderes públicos. No se trata pues de un mero capricho de las autoridades administrativas en una más que discrecional arbitraria, decisión de realizar la actividad administrativa por la vía funcionarial o de cualquier otra persona ajena a la propia Administración, sino que son que es aquella la que da garantía al sistema y, lo que es más importante, impone nuestra Legislación.

"De lo expuesto hemos de concluir que en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos.

"Como complemento de la regla anterior y como ya antes se dijo, incluso dentro del entramado orgánico que se constituye en el seno de las Administraciones, el concreto ejercicio de una determinada actividad ha de desarrollarse de manera concreta por el órgano que tenga atribuida la competencia, por el que la tenga asignada como propia, conforme a lo que se declara en el artículo 8 de la vigente de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y antiguo artículo 12 de la Ley 30/1992 . Y ello sin perjuicio de los supuestos de alteración de la competencia por la vía de la avocación, delegación de competencia o encomienda de gestión que se establecen en los mencionados textos legales.

"Bien es verdad, ya se anticipó antes, que no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional.

"Y es que, en la misma tramitación de los procedimientos administrativos, más aún en los sancionadores, como después se verá, se actúan potestades administrativas, con independencia de las potestades que se accionen en la resolución que pone fin a los procedimientos, más aun, que en los procedimientos están empeñados los intereses generales de las Administraciones, que, como ya se vio, constituyen el ámbito de actuación reservado a los funcionarios públicos.

"Otra cosa será, y a ello deberá referirse el debate sobre esa pretendida polémica sobre la posibilidad de que las Administraciones puedan auxiliarse de terceros para la ejecución material de lo que se decida en la resolución que ponga fin a los procedimientos administrativos, pero no para su tramitación.



"En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, lo cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta.

"Y si lo concluido en el párrafo anterior es predicable de los procedimientos administrativos en general, no cabe duda que, como acertadamente se pone de manifiesto por la Sala de instancia, mayor rigor ha de exigirse con ocasión de la tramitación de los procedimientos sancionadores en los que, por no reiterarnos en esos razonamientos, se ejercita la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del ius puniendi del Estado que, atípica pero necesariamente, se confiere a la Administración, porque debiera ser monopolio del Poder Judicial. Y en este sentido debe recordarse que ya entre las garantías que se impone en estos procedimientos, el artículo 134.2º de la Ley de 1992 y el actual 63 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige la necesaria separación entre las fases de instrucción y decisión que, como se verá al examinar la pretensión, en el caso de autos se difumina de tal manera que no se garantiza esa distinción porque ninguna exigencia de personal diferente se contempla ni parece propio de ese tipo de transferencia de funciones, que es de lo que se trata.

"También debe señalarse que no es admisible, para alterar esa exigencia, pretender hacer una distinción dentro del procedimiento entre actuaciones esenciales y accesorias del procedimiento para someterlas a un régimen diferente pretendiendo reservar aquellas al personal estatutario --aunque propiamente lo es a las autoridades que deben decidir-- y estas susceptibles de poder desempeñarse por terceros, porque eso es desconocer la relevancia de cada trámite que integra el procedimiento, de tal forma que frecuentemente aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento, lo cual requiere la intervención de los funcionarios no solo por ser el personal específicamente idóneo para la tramitación por su formación contrastada, sino porque se les somete a un régimen de responsabilidad que no es sino garantía de los ciudadanos de una correcta tramitación de los procedimientos.

"Ahora bien, el debate que se suscita en la cuestión que se delimita en el recurso requiere una puntualización. En efecto, todo el debate que se ha suscitado en la instancia está referido a la atribución que se hace por el Organismo de Cuenca a la empresa pública TRAGSATEC para la tramitación de los procedimientos sancionadores que tramite aquel Organismo, bien que referido esa colaboración a tramites accesorios del procedimiento (recepción de escritos, notificaciones, etc.) así como en la formulación de propuestas o dossiers que han quedado detalladamente reflejados en la sentencia de instancia. Ello lleva a la Abogacía del Estado a sostener su recurso sobre la base de que las decisiones son siempre adoptadas por los órganos de la Confederación. Es decir, el procedimiento se tramita por la mencionada Empresa Pública, pero se decide por el Organismo de Cuenca.

"Ello obliga a considerar que cuando en la formulación del objeto del debate de la casación como cuestión que suscita el interés casacional sobre la posibilidad de <<atribuir auxilio y la asistencia técnica en la tramitación de los procedimientos sancionadores>>, deberá entenderse que esos términos han de examinarse con esa amplitud que concurre en el caso de autos, es decir, mediante la casi completa tramitación del procedimiento por dicha Empresa Pública y reservándose el Organismo de Cuenca la decisión y, aun así, tomando en consideración que dicha intervención no es meramente esporádica o circunstancias, sino que se realiza de manera permanente, en todos los procedimientos que se tramiten, orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicha cometido. Deberemos volver sobre esta cuestión al examinar la concreta pretensión de la parte recurrente.

"Así entendido el debate no cabe sino concluir en lo ya expuesto de que el procedimiento ha de tramitarse de manera íntegra por el propio Organismo de Cuenca y con el personal estatutario a su servicio, sin que sea admisible una pretendida alteración de esa regla por el hecho, invocado por la Abogacía del Estado en la interposición del recurso, de que existen múltiples procedimientos sancionadores y que la Confederación Hidrográfica del Guadiana tramita un número de procedimientos sancionadores superior a la de cualquier otro Organismo de Cuenca, porque ello debiera haber llevado a la planificación de sus recursos humanos y no alterar la exigencia legal de que la Administración ejercita sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran.

"Es importante lo expuesto porque no puede desconocerse que incluso en la pura tramitación del procedimiento por los órganos competentes de la Administración pública, pese a su indudable carácter técnico, no es ajena la intervención de terceros. Un ejemplo clásico es la posibilidad de hacer notificaciones o presentación de documentos o la más compleja intervención de terceros en las ejecuciones de actos de contenidos de indudable complejidad y dificultades técnicas en los que la Administración pueda no tener medios idóneos para llevarlos a efectos. Pero no es eso de lo que se trata en el caso de autos, porque, insistimos, que no se trata de una intervención, de un <<auxilio y asistencia técnica>> puntual y en función de determinadas actuaciones que



requieran esa intervención por sus peculiaridades, sino que, muy al contrario, lo que se suscita en el caso de autos es que con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública en un a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa.

Teniendo en cuenta el reflejo exhaustivo que se hace en la sentencia de instancia sobre la intervención de la Empresa Pública en la tramitación del procedimiento sancionador, sorprende la pretendida justificación que por la defensa de la Administración demandada en la instancia y ahora recurrente en casación la justificación que se hace de la intervención del personal de la Empresa Pública por el hecho de que así sea, cuando es lo cierto que esa intervención de los órganos competentes se hace sobre la base de propuestas, informes y dosieres que le son remitidos por el personal de la empresa pública que son los que tienen contacto directo, sino exclusivo, sobre las actuaciones, llegándose a la absurda conclusión de que para que el órgano competente que deba adoptar la decisión, o bien se acepta la propuesta o ha de revisar todo el expediente con el fin de determinar si es idónea y, sobre todo, legal dicha propuesta, lo cual se aviene más con la pretendida acumulación de procedimientos, porque sería una duplicidad en el examen de las actuaciones realizadas por ese personal ajeno al Organismo. Más bien parece que se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación, la tramitación de los procedimiento, con el añadido de tratarse de procedimientos de extraordinaria relevancia, que quedan en manos de entes sometidos al derecho privado y a las reglas de la rentabilidad, sino de una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho.

Y en relación con el debate de autos nada comportan las dos sentencias que se invocan por el Abogado del Estado en su recurso porque, o bien están referidas a una cuestión muy específicas de personal sanitario (sentencia 559/2020, de 25 de mayo, dictada en el recurso de casación 4791/2017; ECLI:ES:TS:2020:1114) o bien está referida (sentencia 571/2020, de 28 de mayo, dictada en el recurso de contencioso-administrativo 362/2018, ECLI:ES:TS:2020:1234) a una disyuntiva entre personal estatutario o laboral, pero siempre dependiente de un órgano --Tribunal de Cuentas-- asimilado a estos efectos a la Administración, pero no a la transferencia de las potestades administrativas referidas a la tramitación de los procedimientos a un ente sujeto a las normas del Derecho privado. Y si en algo aprovecha la última de las sentencia citadas es precisamente contrario a la sostenido en el recurso cuando se hace referencia, como ya se dijo antes, a las materias que el Estatuto Básico del Empleado Público reserva a los funcionarios de carrera que no puede estimarse que la recepción, notificación y elevación de propuestas de resoluciones, informes o dosieres en un procedimiento administrativo sancionador no comporte <<el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas>>, lo cual redundaría en lo antes razonado."

TERCERO. Propuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo. De lo expuesto en el anterior fundamento hemos de concluir que, dando respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo, a la vista de los preceptos examinados ha de ser la de que, como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia.

CUARTO. Examen de la pretensión accionada en el recurso. También en relación con este examen hemos de reproducir lo que ya declaramos en la sentencia antes mencionada, con la que concurren los mismos presupuestos y alegaciones de las partes, conforme a la cual:

"Debe procederse ahora al examen de la pretensión accionada en el recurso que, conforme se corresponde con las peticiones que se hacen en el escrito de interposición de la Abogacía Estado, pretende, con la estimación del recurso de casación, anular la sentencia de instancia y, dictando nueva sentencia, se declare ajustada a Derecho la resolución impugnada con la desestimación del originario recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil sancionada.

"Y en el debate que se suscita en apoyo de dichas pretensiones se exponen las razones ya examinadas en los anteriores fundamentos en relación a la procedencia de la actuación llevada a cabo por la empresa pública TRAGSATEC en la tramitación del procedimiento sancionador es necesario partir de los hechos que se reflejan en la sentencia de instancia que, sin perjuicio de discrepar por la Administración recurrente sobre su significado, no se cuestionan. En este sentido se debe dejar constancia de la improcedencia de las críticas que se hacen en su contra por la parte recurrente, cuando se cuestionan ese reflejo, porque la sentencia



justifica sus conclusiones con referencias detalladas al convenio suscrito e incluso trayendo al debate de autos anteriores pronunciamientos de la propia Sala territorial que evidencia la relevancia de la aplicación práctica de ese convenio. No hay, por tanto, valoración errónea alguna no ya en los hechos reflejados, sino tampoco en las conclusiones a que se llega, cuestión que, por lo demás y como ya se dijo, queda extramuros del recurso de casación.

"Los hechos, la actuación y relevancia del personal de la Entidad Pública, han quedado ya reflejados al transcribir la sentencia de instancia y de ellos hemos de concluir que el procedimiento sancionador, como se admite por el Organismo de Cuenca, se tramita por personal directamente vinculado a la mencionada Empresa Pública, el cual procede a la recepción de todos los documentos que se incorporan al expediente, desde la misma denuncia, procediéndose por dicho personal al examen y, cabría decir, que calificación de los mismos, a los efectos de dar el oportuno trámite. Llegando dicha intervención a tal punto de elaborar dosieres, informe y propuestas de resoluciones. Ante ese panorama califica la Sala de instancia como de una tramitación de un procedimiento en la sombra, lo cual recrimina la defensa de la Administración, cuando sería lo cierto que no se trata de dicha tramitación en la sombra, sino que el único procedimiento sancionador está en manos del personal de la Empresa Pública, con la pretendida legalización de dicha actuación de remitir la suscripción de las resoluciones relevantes, en especial, la que pone fin al procedimiento, se firman por los órganos competentes de la Confederación pero, incluso así, sobre la base de una propuesta que se le hace por aquel personal.

"Se cuida la Abogacía del Estado en su recurso de justificar la actuación del Organismo de Cuenca para el pretendido auxilio del personal de la Empresa Pública en una denominada tácitamente situación de emergencia, en cuanto se dice que se incoan más expediente sancionadores por la Confederación Hidrográfica del Guadiana que por los restantes Organismo de Cuenca del País (se dicen 58.000), al tiempo que nos recuerda la amplitud territorial y de compleja integración de dicha Confederación, lo cual, al entender de la parte recurrente, justificaría acudir al auxilio del personal de TRAGSATEC. Sin embargo, esa pretendida justificación decae cuando esa multitud de expedientes no es algo repentino ni anómalo, como se reconoce, sino que es lo cotidiano, tampoco es algo nuevo y repentino que en el ámbito territorial existan, no ya espacios naturales de especial protección, sino incluso algunos de una excepcional consideración que exigen una intensa y compleja actividad administrativa. Ha de concluirse de todo ello que el Organismo de Cuenca estaba obligado a planificar el personal a su servicio acorde a esa intensa actividad, como, ya se dijo, le impone la normativa en materia de función pública, y no ponerse en una situación tan precaria que pretenda paliarse con la anómala intervención de ese personal extraño, y todo ello sin desconocer que la misma legislación sectorial habilita formulas, dentro del ámbito estatutario, para paliar esa buscada insuficiencia de medios.

"Bien es verdad, como sostiene la parte recurrente, que no cabe desmerecer la capacidad y formación del personal que la Empresa Pública pone al servicio del Organismo de Cuenca, que la Sala territorial no cuestiona en modo alguno; se trata simplemente que no cabe presumir en ese personal la capacidad técnica especializada, la objetividad, la imparcialidad y la responsabilidad que cabe presumir en los empleados públicos cuya regulación y estatuto está directamente orientado a alcanzar las exigencias que impone la actividad administrativa.

"Finalmente, no quiere silenciarse las objeciones que se ponen en la argumentación de este recurso de casación en relación a la pretendida irrelevancia de la actuación del personal de TRAGSATEC que, a la postre, no comporta demérito alguno para los afectados en los procedimientos a los que, se dice, no se les ha ocasionado indefensión. En este sentido se invocan sentencias de la misma Sala Territorial y de la Extremadura que, en supuestos como el presente, desestimaron los recursos, al amparo de esa pretendida ausencia de garantías procedimentales.

"Es cierto que una jurisprudencia reiterada de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido acogiendo, ya desde la vieja Ley de Procedimiento de 1958, la denominada doctrina sustancialista conforme a la cual los defectos de forma solo afectan a la validez de los actos administrativos cuando se haya omitido total y absolutamente el procedimiento para dictar tales actos o, en otro caso, de defectos procedimentales, se haya ocasionado indefensión o impidan al acto alcanzar su fin, que son los supuestos, el primero, de nulidad absoluta y, en el segundo caso, de anulabilidad, que regían ya en los artículos 47 y 48 de aquella Ley, pasó a los artículos 62 y 63 de la Ley de 1992 y ha vuelto a los mismos numerales en la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y ante esa doctrina lo que se sostiene, tanto por la parte recurrente como en las mencionadas sentencias, es que en el caso de autos no se acredita que se haya ocasionado esa indefensión porque procedimiento no se puede negar que ha existido.

"El argumento debe examinarse con mayor rigor de lo que en apariencia resulta. En efecto, si concluimos, como hemos de hacer, que la intervención de las autoridades, que no del resto del personal de los órganos de la Confederación, se limita a la firma de las resoluciones que le propone el personal de la Empresa Pública, deberá convenirse que dicha autoridades si limitan a aceptar la propuesta o, cuando más, a la constatación de la idoneidad y legalidad del contenido de dichas propuestas, porque si dichas autoridades deben examinar el expediente para aceptar o rechazar la propuesta, de nada serviría esa dualidad de actividad netamente



administrativa. Y no es lo mismo que esas propuestas, que ciertamente se dan en el devenir cotidiano de las Administraciones, se haga por personal funcionario que por personal ajeno a la Administración. Otro tanto acontece en el devenir de los trámites ordinarios del procedimiento, realizados por personal de TRAGSATEC, cuando es lo cierto que esos trámites condicionan la misma resolución que se dicte, más aun en procedimiento de la naturaleza de los sancionares en que la actividad de la Administración no está solo en la defensa que se haga por los afectados, sino que es la propia Administración la que debe aportar al expediente todo cuando sea relevante, en pro y en contra de él, lo cual requiere un grado de preparación, profesionalidad y objetividad que solo en los funcionarios cabe presumir.

"Se quiere decir con ello que con tan atípica tramitación tan siquiera es admisible poder acreditar la existencia o no de esa necesaria indefensión porque no hay contraste de cómo debieran haberse tramitado los procedimientos, el concreto procedimiento de autos, de haber tenido intervención en el mismo el personal llamado a hacerlo. Es decir, a la postre, todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan que se limitan, no consta otra cosa, a la mera firma de la propuesta que le es presentada.

"Las anteriores consideraciones son las que justifican la decisión de la Sala territorial que, conforme a lo que antes se ha razonado, este Tribunal comparte."

QUINTO. Costas procesales. No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, por lo que, conforme establece el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Que la propuesta para la interpretación de los preceptos que suscita la cuestión de interés casacional son las que se contienen en el fundamento tercero de esta sentencia.

Segundo. No ha lugar al presente recurso de casación 5429/2019, interpuesto por la Abogacía del Estado, contra la sentencia 74/19, de 5 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, por la que, estimando el Procedimiento Ordinario nº 344/16.

Tercero. No procede hacer concreta imposición de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Segundo Menéndez Pérez Rafael Fernández Valverde

Octavio Juan Herrero Pina Wenceslao Francisco Olea Godoy

Inés Huerta Garicano Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.