

Los medios propios de la Administración no pueden sancionar

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo ha confirmado la nulidad de una resolución sancionadora por la intervención tan intensa que había tenido en su tramitación la empresa pública TRAGSATEC actuando como medio propio de la Administración.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1160/2020, de 14 de septiembre del 2020 (ponente Wenceslao Olea Godoy, rec. 5442/2019), declara, en respuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo, lo siguiente:

... 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[n] 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.

Se trata de un pronunciamiento muy importante por cuanto viene a aclarar, de una vez por todas, que la tramitación de los procedimientos sancionadores compete en exclusiva a los funcionarios de las Administraciones Públicas competentes, a quienes el Estatuto Básico del

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Empleado Público atribuye el monopolio del «ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas» (art. 9.2).

La sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 77/2019, de 13 de marzo, dictada en un procedimiento promovido por una empresa contra una resolución sancionadora de la Confederación Hidrológica del Guadiana. La sentencia de instancia estimó el recurso y anuló la resolución sancionadora impugnada por considerar que la intervención que había tenido la empresa pública TRAGSATEC en el expediente sancionador —mediante la encomienda de gestión— había causado una vulneración del derecho de defensa del interesado y había dado lugar a una delegación prohibida de las tareas nucleares implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*. La cuestión que había que dilucidar consistía en determinar si, entre las funciones que se habían de encomendar a la mercantil estatal Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A. (TRAGSATEC), cabía atribuirle el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores.

El Tribunal Supremo comienza por subrayar que la cuestión debatida se centra, no tanto en la naturaleza jurídica de la entidad pública empresarial y en su vínculo con la Administración, como en «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 [que] 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 [...] en las importantes funciones del procedimiento que se reflejan en la sentencia recurrida su actividad».

La intervención de la entidad pública empresarial en la tramitación del procedimiento era, en efecto, muy amplia. Atendiendo a la fundamentación del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (calificada de «exquisita» por el Tribunal Supremo), «TRAGSATEC asume, a través de lo que se denomina *dossieres*, la elaboración completa y en todas sus partes de un verdadero expediente administrativo, aunque luego bajo la última firma del funcionario correspondiente».

En particular, a TRAGSATEC se le encomienda lo siguiente: a) la valoración de la viabilidad del expediente sancionador (de la que depende que llegue a haber expediente); b) el análisis y valoración de las alegaciones del interesado y la elaboración de una «nota resumen» sobre ellas (de tal forma que el instructor no examina por sí el material alegatorio y probatorio aportado por el interesado), y c) los borradores de todas las resoluciones del procedimiento, tanto de trámite como definitivas, incluidas la resolución final y la del recurso administrativo que pueda interponerse. Pero, además, desde el momento en que TRAGSATEC recibe los escritos presentados por los interesados, se encarga de hacer la citación del trámite de audiencia y «presta apoyo» en las notificaciones, puede concluirse que tiene la posesión material y el impulso efectivo del expediente administrativo y de sus documentos.

Por consiguiente, como resume el Tribunal Supremo, «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 [Hidrográfica]».

Pues bien, la sentencia declara contrario a Derecho que se lleve a cabo una encomienda de gestión tan amplia para la tramitación de un expediente administrativo a personal laboral ajeno a la Administración, y ello con independencia del procedimiento administrativo de que se trate.

Este punto es muy importante porque, si bien la cuestión que presenta interés casacional objetivo y sobre la que se pronuncia el Tribunal Supremo se ciñe al procedimiento sancionador, la sentencia se pronuncia previamente, con carácter general, sobre *cuál puede ser el alcance que pueden tener las encomiendas de gestión a entes de personificación jurídico-privada*. Las conclusiones a las que llega son las siguientes:

- a) El alcance de la encomienda de gestión puede ser muy amplio cuando se trata de la adquisición de bienes o de la realización de obras o servicios de la propia actividad prestacional de la Administración. En este caso, nada objeta la sentencia a que la actuación de la Administración «pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (*in house providing*)».
- b) En cambio, cuando se trata de tramitar procedimientos administrativos que den lugar a resoluciones susceptibles de afectar a los interesados, entra en juego la reserva en exclusiva a los funcionarios públicos de las tareas 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» (art. 9.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público).

Dice así la sentencia que, «en la medida en que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y éstas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que *los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público[s], lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos*».

Esta reserva al personal estatutario de la tramitación de los procedimientos se justifica por la relación orgánica de los funcionarios. La sentencia los adscribe al órgano de la Administración y permite que actúen «no en nombre propio, sino de la misma Administración» que tiene la competencia y supone, además, una garantía de la objetividad, imparcialidad y sometimiento a Derecho de su actuación, como consecuencia del régimen de derechos y obligaciones que se impone al personal estatutario.

- c) La sentencia matiza que esta regla general no impide, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento por los órganos competentes de la Administración puedan intervenir terceros con una función de «auxilio y asistencia técnica» puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades. Se citan como ejemplos, en este sentido, «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».

Esta regla general de reserva a los funcionarios públicos de la tramitación de los procedimientos administrativos ha de exigirse con rigor cuando se trata de procedimientos sancionadores, pues en ellos se ejerce «la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado».

Por consiguiente, la sentencia declara que el procedimiento «ha de tramitarse de manera íntegra por el propio organismo de Cuenca y con el personal estatutario a su servicio», sin perjuicio de poder externalizar algunas tareas puntuales de auxilio y asesoramiento técnico. Esta regla no se cumplió en el caso de autos, rechazando el Tribunal Supremo los dos argumentos que esgrimía de contrario la Administración:

- a) No es admisible, en primer lugar, sostener que, aunque la empresa pública intervenga en la tramitación, las decisiones son adoptadas siempre por los órganos de la confederación. La sentencia afirma que no cabe hacer esta distinción porque, a la vista de la intensidad de la intervención de TRAGSATEC en el procedimiento sancionador, «aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento». Así lo puso ya de manifiesto la sentencia de instancia, que destacaba que la resolución de la Confederación Hidrográfica está mediatizada por los «borradores» que preceden al dictado de todas y cada una de las resoluciones, sean de trámite o definitivas.
- b) Tampoco se acepta el argumento de que existen múltiples procedimientos sancionadores y que la Confederación Hidrográfica del Guadiana tramita un número de procedimientos superior al de cualquier otro organismo de Cuenca. Ello, dice la sentencia, «debiera haber llevado a la planificación de sus recursos humanos y no a 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».

El Tribunal Supremo declara, por tanto, que la intervención tan intensa y permanente que tuvo la empresa pública en la tramitación del procedimiento sancionador supuso una alteración de las reglas que rigen el ejercicio de las potestades administrativas. Y una alteración muy grave, hasta el punto de que —dice la sentencia— «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[s],

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».

Por ello, tras resolver la sentencia, en los términos expuestos, la cuestión que reviste interés casacional objetivo, declara en el caso de autos nulas de pleno derecho todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno al organismo de Cuenca y, por derivación, las resoluciones que dicta la Administración.

En relación, por último, con la objeción de la Administración de que a pesar de la intervención de TRAGSATEC el procedimiento existió y a los interesados no se les causó indefensión en su tramitación —tal como lo habían declarado en supuestos similares otras sentencias de la misma Sala Territorial y de la de Extremadura—, la sentencia replica que no puede ni siquiera entrarse a valorar si en la «atípica tramitación» ha existido o no 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». Así, de una manera elegante, la sentencia viene a corregir la jurisprudencia anterior de los tribunales superiores de Justicia, pues ¿qué mayor indefensión que verse sometido a un procedimiento sancionador tramitado —todo él— por personal laboral ajeno a la Administración competente?

Interesa por último señalar que, si bien el objeto de la litis y, por tanto, el pronunciamiento del Tribunal Supremo se circunscriben a las encomiendas de gestión a entes personificados de naturaleza jurídico-privada, la misma doctrina resultaría aplicable, por identidad de razón, al ejercicio de funciones administrativas por entidades privadas colaboradoras de la Administración, a las que cada vez con mayor frecuencia las leyes encomiendan funciones de verificación y cumplimiento de la normativa administrativa. Estas entidades colaboradoras, cuando hayan sido debidamente habilitadas, podrán colaborar en estas u otras actividades, pero —como bien precisa la Orden 639/2014, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Madrid— «en ningún caso tendrán carácter de autoridad, ni su actuación podrá impedir la función de verificación, control e inspección propia de los servicios técnicos municipales». Y tampoco podrán en ningún caso, por supuesto, tramitar, o determinar la tramitación, de los procedimientos sancionadores administrativos.