

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

JUNIO DE 2024



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Junio de 2024

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- JUNIO DE 2024 -

Contenido

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS	4
2. DISPOSICIONES ESTATALES	5
3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS	9
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	11
5. RESOLUCIONES JUDICIALES	13
5.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea	13
5.2. Jurisdicción civil.....	15
5.3. Jurisdicción penal.....	16
5.4. Jurisdicción contencioso-administrativa	16
5.5. Jurisdicción social	19
6. OTRAS RESOLUCIONES	20
7. COMENTARIOS DOCTRINALES	22
7.1. Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos – Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid).....	22
7.2. Pronunciamientos y posiciones sostenidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de trabajadores indefinidos no fijos tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 – Antonio Caro Sánchez (Letrado de la Comunidad de Madrid).....	56
7.3. Comentario sobre la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento negociado sin publicidad en el que se invite únicamente al licitador del anterior procedimiento declarado desierto, a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/2021 – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	60

1. DISPOSICIONES COMUNITARIAS

- ***Reglamento (UE) 2024/1620 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010, (UE) n.º 1094/2010 y (UE) n.º 1095/2010: crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, con el objetivo de proteger el interés público, la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión, y el correcto funcionamiento del mercado interior, para lo cual actuará con arreglo a las competencias conferidas por el presente reglamento -en particular las establecidas en el art. 6- y dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2023/1113, de la Directiva (UE) 2024/1640 y del Reglamento (UE) 2024/1624, y demás normativa relacionada (DOUE de 19 de junio de 2024).***

- ***Reglamento (UE) 2024/1623 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 575/2013 en lo que respecta a los requisitos para el riesgo de crédito, el riesgo de ajuste de valoración del crédito, el riesgo operativo, el riesgo de mercado y el suelo de los activos ponderados por riesgo: se trata de una importante modificación del citado reglamento, realizada al amparo del principio de subsidiariedad consagrado en el art. 5 del TUE para garantizar unos requisitos prudenciales uniformes que se apliquen a las entidades en toda la Unión, y que pretende solucionar algunos problemas o desfases detectados en la aplicación de la normativa en la materia (DOUE de 19 de junio de 2024).***

- ***Reglamento (UE) 2024/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2024, relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo: establece normas en relación con (i) las medidas que las entidades obligadas deben aplicar para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, (ii) los requisitos de transparencia en relación con la titularidad real para las entidades, los fideicomisos (del tipo «trust») expresos e instrumentos jurídicos similares, y (iii) las medidas para limitar la utilización indebida de los instrumentos anónimos. Son entidades obligadas las detalladas en su art. 3 (DOUE de 19 de junio de 2024).***

- ***Reglamento (UE) 2024/1717 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, que modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras: la modificación persigue adaptar la normativa fronteriza a la experiencia de los últimos años, tanto en lo que respecta a las restricciones por motivos sanitarios –como ha sucedido durante la pandemia por Covid-19- como a los retos que se enfrenta la Unión como consecuencia de las crisis migratorias, y todo ello partiendo del principio de que la eficacia de las restricciones a los viajes a la Unión se basa en la aplicación de normas uniformes a los terceros países y sus nacionales, máxime en un territorio en el que no existen controles fronterizos entre Estados miembros. Se detalla a estos efectos el alcance de los controles policiales en las fronteras interiores, y también pasa a regularse el uso y límites de las modernas tecnologías en la vigilancia exterior. Por último, se regula la posibilidad de traslado de los nacionales de terceros países desde un Estado miembro al que hayan entrado***

hasta el Estado miembro desde el que hayan accedido ilegalmente, que debe estar obligado a recibir a los nacionales de terceros países aprehendidos (**DOUE de 20 de junio de 2024**).

- **Reglamento (UE) 2024/1679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024**, relativo a las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2021/1153 y el Reglamento (UE) n.º 913/2010 y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1315/2013: establece orientaciones para el desarrollo de una red transeuropea de transporte, consistente en una red global, una red básica y una red básica ampliada. Se aplica a la red transeuropea de transporte especificada en los mapas que figuran en el anexo I y en las listas del anexo II. Las infraestructuras de la red transeuropea de transporte comprenden las infraestructuras de los transportes ferroviario, por vías navegables interiores, marítimo, por carretera, aéreo y multimodal, también en los nodos urbanos, según se establece en las secciones correspondientes de los capítulos II, III y IV (**DOUE de 28 de junio de 2024**).

- **Reglamento (UE) 2024/1735 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024**, por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de fabricación de tecnologías de cero emisiones netas y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724: su objetivo general es el de mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco que garantice el acceso de la Unión a un suministro seguro y sostenible de tecnologías de cero emisiones netas. A tal efecto, establece medidas destinadas a reducir el riesgo de alteraciones del suministro relacionadas con las tecnologías de cero emisiones netas que puedan distorsionar la competencia y fragmentar el mercado interior, crear un mercado de la Unión para los servicios de almacenamiento de CO₂, fomentar la demanda de tecnologías de cero emisiones netas a través de procedimientos de contratación pública, subastas y otras formas de intervención pública, apoyar la innovación y mejorar la capacidad de la Unión para hacer un seguimiento y reducir los riesgos para el suministro relacionados con las tecnologías de cero emisiones netas (**DOUE de 28 de junio de 2024**).

- **Reglamento de Ejecución (UE) 2024/1740 de la Comisión, de 21 de junio de 2024**, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las modalidades del envío de información por parte de los consumidores y otros interesados a la Comisión sobre los productos que podrían presentar un riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores, así como de la transmisión de dicha información a las autoridades nacionales de que se trate: la Comisión diseñará el portal Safety Gate para que los consumidores y otros interesados puedan informar a la Comisión sobre los productos que podrían presentar un riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores, y proporcionar la información que se detalla (**DOUE de 24 de junio de 2024**).

2. DISPOSICIONES ESTATALES

- **Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña**: amnistía los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable que se detallan en su art. 1, ejecutados en

el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, con las exclusiones previstas en su art. 2. Se estructura en tres títulos, el primero de los cuales se refiere a su ámbito objetivo de aplicación, estando conformado por los dos preceptos citados. El segundo desarrolla los efectos de la amnistía, que produce la extinción de las responsabilidades penal (art. 4), administrativa (art. 5) y contable (art. 8) por los hechos cometidos, excluyendo en cambio la responsabilidad civil que pudiera corresponder por los daños sufridos por los particulares (art. 8.2). El tercero se ocupa de la competencia y procedimiento, disponiéndose con carácter general en el art. 9.3 que “*Solo podrá entenderse amnistiado un acto determinante de responsabilidad penal, administrativa o contable concreto cuando así haya sido declarado por resolución firme dictada por el órgano competente para ello*”, que podrá adoptarse de oficio o a instancia de parte, dentro del plazo de prescripción establecido de cinco años (art. 15). La DF 1ª modifica el art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, introduciendo un nuevo apartado en el que se contempla expresamente la amnistía como una de las causas de exención de responsabilidad contable, mientras que la DF 2ª modifica el art. 130.1 del Código Penal, para incluir de forma diferenciada, como causa de extinción de la responsabilidad penal, la amnistía, ya que anteriormente únicamente se contemplaba el indulto (BOE nº 141, de 11 de junio de 2024).

- *Ley 1/2024, de 7 de junio, por la que se regulan las enseñanzas artísticas superiores y se establece la organización y equivalencias de las enseñanzas artísticas profesionales*: regula en una norma especial las enseñanzas artísticas superiores, al tiempo que establece determinados aspectos relativos a la organización y equivalencias de las enseñanzas artísticas profesionales a las que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Se estructura en tres títulos, respectivamente referidos a I. Las enseñanzas artísticas superiores –siendo este el más extenso, en el que se detallan su estructura y organización, incluyendo los estudios de grado, master y doctorado, las modalidades y centros de enseñanzas artísticas, o la regulación del alumnado y el profesorado, entre otros-, II. Organización y equivalencias de las enseñanzas artísticas profesionales, y III. La función pública docente (para las enseñanzas artísticas superiores), que se ordena en los cuerpos de profesores y catedráticos de dichas enseñanzas. Sus DF modifican parcialmente cuatro leyes, incluyendo la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, para posibilitar la compatibilidad con los cuerpos de Catedráticos y Profesores de Enseñanzas Artísticas Profesionales o de Enseñanzas Artísticas Superiores (BOE nº 139, de 8 de junio de 2024).

- *Real Decreto-ley 3/2024, de 4 de junio, de medidas de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes para los viajes realizados en el periodo estival de 2024*: aprueba, para el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2024, reducciones del precio de los billetes en determinados servicios ferroviarios y de transporte regular de viajeros de uso general por carretera, así como en el Pase Interrail para jóvenes comercializado a través de Renfe Viajeros S.M.E., S.A., pudiendo beneficiarse los nacidos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 2006 que posean la nacionalidad española o residan legalmente en España (BOE nº 136, de 5 de junio de 2024).

- ***Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social:*** se estructura en cinco títulos que contemplan medidas de diversa índole. I. Medidas fiscales, retributivas y relativas a los sistemas de financiación territorial, dividido a su vez en tres capítulos, el primero de los cuales contiene cinco artículos que afectan a diversos aspectos del IVA, IRPF, IS y beneficios fiscales para IBI e IAE en La Palma, mientras que el segundo consta de un artículo único (art. 6) que aprueba el incremento retributivo del personal al servicio del sector público para 2024 y el tercero actualiza las entregas a cuenta de CCAA y EELL, así como la revisión cuatrienal del ámbito subjetivo de aplicación de los modelos de participación de estas en tributos del Estado. II. Medidas de impulso a la inversión y de apoyo a la industria, cuyo capítulo I crea el Fondo de Impacto Social como un fondo carente de personalidad jurídica que “*tiene como objetivo cubrir retos sociales y medioambientales insuficientemente atendidos por los mercados privados de capitales y generar impacto adicional a través de instrumentos financieros adaptados a la singular realidad de la economía de impacto, que permitan atraer a inversores privados para impulsar la inversión y financiación de actividades económicas con impacto*”, mientras que el capítulo II modifica la DT 7ª del RDL 5/2023, relativa a la línea de ayudas para la compensación de los costes adicionales debidos al aumento excepcional de los precios del gas natural durante 2022. III. Medidas en materia energética, extendiendo temporalmente los descuentos del bono social eléctrico, la garantía de suministro a consumidores vulnerables, la flexibilización de los contratos de suministro de energía eléctrica y del mecanismo de apoyo para la competitividad de la industria electrointensiva, además de la modificación parcial de las leyes de los sectores eléctrico y de hidrocarburos, el RD 897/2017 y el RD 266/2021. IV. Medidas en materia de transporte, que tienen por objeto la concesión de subvenciones directas a las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla para ampliación del presupuesto del Programa de ayudas para la transformación de flotas de transporte de viajeros y mercancías de empresas privadas prestadoras de servicios de transporte por carretera, así como de empresas que realicen transporte privado complementario, establecido en el RD 983/2021. V. Medidas de carácter social, con la prórroga de diversas medidas en materia de empleo y Seguridad Social (**BOE nº 155, de 27 de junio de 2024**).

- ***Real Decreto 517/2024, de 4 de junio, por el que se desarrolla el régimen jurídico para la utilización civil de sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), y se modifican diversas normas reglamentarias en materia de control a la importación de determinados productos respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de los productos; demostraciones aéreas civiles; lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas; matriculación de aeronaves civiles; compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos; Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea; y notificación de sucesos de la aviación civil:*** tiene por objeto (i) completar el régimen jurídico del Reglamento Delegado (UE) 2019/945 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, sobre los sistemas de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas, y del Reglamento de Ejecución (UE) 2019/947 de la Comisión, de 24 de mayo de 2019, relativo a las normas y los procedimientos aplicables

a la utilización de aeronaves no tripuladas, (ii) establecer el régimen jurídico aplicable a las aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes, equipos no instalados y equipos para controlar la aeronave a distancia, cuando lleven a cabo actividades o servicios civiles de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, control fronterizo, vigilancia costera o similares, emprendidas en el interés general por un organismo investido de autoridad pública o en nombre de este, así como al personal y a las organizaciones que participen en las actividades y los servicios desarrollados por dichas aeronaves, excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, y (iii) completar el régimen jurídico del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/664 de la Comisión, de 22 de abril de 2021, sobre un marco regulador para el U-Space en materia de organización y competencias. La modificación de siete reglamentos técnicos se contiene en sus siete primeras DF (**BOE nº 136, de 5 de junio de 2024**).

- *Modificación de diversos reglamentos reguladores de ayudas concedidas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -Financiado por la Unión Europea- Next Generation EU:* se modifican parcialmente los **reales decretos 518/2024 a 522/2024, todos ellos de 4 de junio**, con el objeto de establecer distintos ajustes en los mismos a fin de permitir una más adecuada ejecución de los fondos asignados y posibilitar la consecución de los objetivos asociados a cada uno de los programas de ayudas en ellos regulados (**BOE nº 136, de 5 de junio de 2024**).

- *Real Decreto 505/2024, de 28 de mayo, por el que se regulan los reconocimientos médicos de aptitud y la protección de la salud de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero embarcadas:* tiene por objeto desarrollar los servicios de sanidad marítima y, concretamente, (i) los reconocimientos médicos de aptitud para el embarque marítimo a los que se refiere el art. 39.a) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, (ii) los reconocimientos médicos de aptitud a los buceadores profesionales incluidos en los arts. 3.e) y f) y 4.1.d) y e) de la Ley 47/2015, (iii) la protección, promoción y mejora de la salud de las personas pertenecientes al sector marítimo-pesquero embarcadas, enfocadas a la identificación de problemas de salud y a la adopción de intervenciones preventivas, y (iv) el establecimiento de los requisitos técnicos y las condiciones mínimas exigidas a los centros de sanidad marítima del Instituto Social de la Marina (**BOE nº 145, de 15 de junio de 2024**).

- *Real Decreto 534/2024, de 11 de junio, por el que se regulan los requisitos de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, las características básicas de la prueba de acceso y la normativa básica de los procedimientos de admisión:* sustituye las pruebas y procedimientos regulados en los anteriores reales decretos 310/2016, de 29 de julio, y 412/2014, de 6 de junio, adaptados por la Orden PJC/39/2024, de 24 de enero, a la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (**BOE nº 142, de 12 de junio de 2024**).

- *Real Decreto 568/2024, de 18 de junio, por el que se crea la Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública:* tiene por objeto la creación y regulación de la Red Estatal de

Vigilancia en Salud Pública (en adelante, la Red), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, siendo de aplicación al conjunto de las administraciones públicas, a los centros, servicios y establecimientos sanitarios y a los profesionales sanitarios del sector privado, y a las personas físicas o jurídicas que, en el ámbito de sus actividades, posean información relevante para la salud de la población, en los términos previstos en la referida Ley 33/2011. Se define dicha Red como el conjunto de estructuras, elementos y recursos del Ministerio de Sanidad, y de las administraciones sanitarias de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, necesarios para articular y coordinar los sistemas de vigilancia en salud pública (**BOE nº 148, de 19 de junio de 2024**).

- **Real Decreto 587/2024, de 25 de junio, sobre prescripciones específicas de estabilidad aplicables a los buques de pasaje de transbordo rodado**: de aplicación a todo buque de pasaje de transbordo rodado que realice servicios regulares con origen o destino en puertos españoles, con independencia del pabellón que enarbole cuando realice viajes internacionales, tiene como objeto regular las prescripciones específicas de estabilidad aplicables a tales buques para establecer un nivel uniforme que incrementará la flotabilidad de los mismos en caso de avería por colisión, con la finalidad de asegurar un elevado nivel de seguridad a los pasajeros y a la tripulación (**BOE nº 154, de 26 de junio de 2024**).

3. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- **Decreto 55/2024, de 22 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las tarifas máximas de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización del agua en la Comunidad de Madrid**: sustituye las anteriores tarifas máximas, aprobadas por el ahora derogado Decreto 29/2018, de 17 de abril. La concreción de las específicas tarifas aplicables por los servicios del ciclo integral del agua prestados por Canal de Isabel II, S.A. se realiza por la nueva **Orden 1826/2024, de 24 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, por la que se aprueban las tarifas de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización del agua prestados por Canal de Isabel II, Sociedad Anónima, M. P.** (en ambos casos, **BOCM nº 130, de 1 de junio de 2024**).

- **Decreto 57/2024, de 29 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 6/2016, de 24 de noviembre, por la que se ordena el ejercicio de las profesiones del deporte en la Comunidad de Madrid, en relación con la comunicación previa y los procedimientos de acreditación para el ejercicio de las profesiones del deporte, así como el aseguramiento de la responsabilidad civil por la prestación de servicios deportivos**: al amparo de lo previsto en su DF 2ª, desarrolla parcialmente la Ley 6/2016 –modificada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre–, en lo relativo a los trámites de presentación de la comunicación previa para ejercer las profesiones del deporte, los procedimientos de acreditación para el ejercicio de tales profesiones, donde se incluyen los iniciados mediante solicitud de habilitación indefinida para los que no cumplan los requisitos establecidos en la norma, los relativos al reconocimiento de competencias profesionales asociadas a títulos de formación profesional o certificados profesionales y los relativos al reconocimiento de competencias

profesionales asociadas al perfil profesional de los títulos de enseñanzas deportivas; así como la fijación de las coberturas mínimas y características específicas del aseguramiento de la responsabilidad civil por la prestación de servicios deportivos (**BOCM nº 133, de 5 de junio de 2024**).

- *Decreto 58/2024, de 12 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad de Madrid para el año 2024*: de conformidad con su anexo I, se crean un total de 6.036 plazas de personal de nuevo ingreso, que se desglosan en 569 plazas de personal funcionario (entre ellas, 4 pertenecientes al cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid), 145 de personal laboral, 19 de personal laboral de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, 2.635 de personal funcionario docente de enseñanzas no universitarias, 2.613 de personal estatutario de instituciones sanitarias, 7 de personal laboral de investigación y 48 de personal laboral del HUFA. El anexo II contempla 234 plazas de promoción interna, mientras que el anexo III fija 39 plazas de nuevos servicios y el anexo IV contiene 250 plazas de la tasa específica de reducción de la temporalidad (**BOCM nº 140, de 13 de junio de 2024**).

- *Decreto 59/2024, de 12 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 61/2022, de 13 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo de la etapa de Educación Primaria, el Decreto 65/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria, y el Decreto 64/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo del Bachillerato*: la modificación persigue tres objetivos principales: la incorporación de ciertas materias o contenidos adicionales a impartir en español en la Comunidad de Madrid, la flexibilización de las opciones de cuarto curso de ESO para los alumnos que cursen la sección bilingüe y la introducción de nuevos contenidos en la materia de Geografía e Historia que se imparte a los alumnos de ESO (**BOCM nº 140, de 13 de junio de 2024**).

- *Decreto 63/2024, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia de Contratación Sanitaria de la Comunidad de Madrid*: contiene el Estatuto de la Agencia de Contratación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, creada por el art. 41 de la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, como un ente público de los previstos en el art. 6 de la Ley 9/1990, adscrito al Servicio Madrileño de Salud, detallando su régimen jurídico, organización administrativa y funciones. La DF 1ª modifica los arts. 9 y 10 del Decreto 246/2023, de 4 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud (**BOCM nº 147, de 21 de junio de 2024**).

- *Decreto 64/2024, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 230/2015, de 20 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Agencia Madrileña de Atención Social*: incorpora a las competencias de la Agencia de supervisión de proyectos de las obras a realizar en los centros que actualmente gestiona este organismo, a los efectos del art. 235 LCSP.

Asimismo, actualiza el número de centros y servicios asignados a la Agencia (**BOCM nº 146, de 20 de junio de 2024**).

- ***Orden de 30 de mayo de 2024, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se modifica la Orden de 10 de febrero de 2023, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se dictan instrucciones para la contratación de personal laboral temporal, el nombramiento de funcionarios interinos, personal estatutario interino y sustituto, y otro personal docente en centros docentes no universitarios***: (i) elimina la necesidad de autorización previa de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería competente en materia de hacienda en los contratación de personal temporal del Área D para sustituir, en servicios básicos o en emergencias, a personal en situación de incapacidad temporal o que perciba la prestación por nacimiento o cuidado de hijo, (ii) detalla el procedimiento mediante el cual la Dirección General competente en materia de Recursos del Servicio Madrileño de Salud debe remitir a aquella Dirección General la relación de contratos de personal laboral temporal y nombramientos estatutarios interinos formalizados, y (iii) actualiza la referencia normativa al nuevo Reglamento del Registro de Personal de la Comunidad de Madrid, aprobado mediante Decreto 251/2023, de 22 de noviembre (**BOCM nº 141, de 14 de junio de 2024**).

- ***Orden de 24 de junio de 2024, de la Consejería de Presidencia, Justicia y Administración Local, para la selección de los Grupos de Acción Local (GAL) y sus estrategias de desarrollo local participativo en el marco del Plan Estratégico de la Política Agraria Comunitaria (PEPAC) 2023-2027***: tiene por objeto regular la selección de los Grupos de Acción Local (GAL), en su condición de entidades asociativas formadas por representantes del sector público y privado encargadas de la aplicación del Desarrollo Local Participativo y sus estrategias durante el período de programación 2023-2027 (**BOCM nº 153, de 28 de junio de 2024**).

4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- ***Acoso a mujeres que acuden a clínicas abortivas***: la **sentencia nº 75/2024, de 8 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha desestimado el **recurso de inconstitucionalidad 5041-2022**, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso respecto del art. único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo. El parecer mayoritario rechaza que el art. 172 quater CP, que tipifica el delito de acoso para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, vulnere el principio de taxatividad, como exigencia derivada de los principios de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como la falta de calidad normativa reprochada, indicando que “*será en el ámbito aplicativo concreto de este precepto por parte de los órganos judiciales, y no en el de su concreción legislativa, que es el objeto de análisis del presente proceso constitucional, en el que, en su caso, habrá que controlar, incluso por la vía del procedimiento de amparo ante este tribunal, cualquier eventual interpretación imprevisible de dicho precepto*”. Tampoco considera que se produzca la denunciada lesión de la libertad ideológica (art. 16

CE), la libertad religiosa en su dimensión externa (art. 16.1 CE), la libertad de expresión (art. 20 CE), los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE), afirmando que el art. 172 quater CP no puede estimarse constitucionalmente ilegítimo porque la previsión que contiene, en relación con la conducta típica y con la pena prevista, no produce, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de los citados derechos fundamentales. Cuenta con cuatro votos particulares que, por el contrario, consideran desproporcionada la norma, llegándola a calificar como “*un ejemplo de patente derroche de coacción*” (BOE nº 140, de 10 de junio de 2024).

- Costas: la **sentencia nº 76/2024, de 8 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, ha estimado el **recurso de inconstitucionalidad 6243-2023**, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 7/2022, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, declarando que los arts. 10.1, párrafo primero, y 11 –en materia de reposición de la legalidad en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre- son inconstitucionales y nulos por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, y que esta declaración de inconstitucionalidad debe extenderse, por conexión o consecuencia, a los arts. 10.1, párrafo segundo, 10.2 y 10.3, así como a la DT 1ª de la misma ley. Cuenta con un voto particular (BOE nº 140, de 10 de junio de 2024).

- Vivienda: la **sentencia nº 79/2024, de 21 de mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional**, dictada en el **recurso de inconstitucionalidad 5491-2023**, interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha declarado inconstitucionales y nulos, por invasión de las competencias autonómicas en materia de vivienda, el art. 16 –que establecía principios aplicables a la vivienda protegida regulada por la normativa autonómica-; el art. 19.3 a partir del inciso “*que incluirá, con respecto a las viviendas de titularidad del gran tenedor en la zona de mercado residencial tensionado, al menos, los siguientes datos*”; el tercer párrafo del art. 27.1 –en el que se regulaban los bienes mínimos que debían integrar los parques públicos de vivienda-; el art. 27.3 –en el que se establecía el destino obligatorio de los ingresos procedentes de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda, así como los ingresos procedentes de la gestión y, en su caso, enajenación de bienes patrimoniales que formen parte del parque público de vivienda- y la DT 1ª –sobre régimen transitorio de las viviendas calificadas con algún régimen de protección pública con anterioridad a la entrada en vigor de la ley- de la Ley 12/2023, desestimando el recurso en todo lo demás. Cuenta con cuatro votos particulares, que consideran que la declaración de inconstitucionalidad debió extenderse a otros muchos preceptos de la norma impugnada (BOE nº 152, de 24 de junio de 2024).

Adicionalmente, durante este periodo se han admitido a trámite, entre otros, los siguientes procedimientos de inconstitucionalidad y/o conflictos constitucionales:

- Recurso de inconstitucionalidad 3473-2024, promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado contra el Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con

la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía.

- Recurso de inconstitucionalidad 3951-2024, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 1/2024, de 15 de febrero, de derogación de la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática de Aragón.
- Cuestión de inconstitucionalidad 2714-2024, planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el art. 23 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.
- Cuestión de inconstitucionalidad 2795-2024, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en relación con la DT 5ª de la Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

5. RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

- *Ámbito de aplicación de directiva sobre gases de efecto invernadero*: la **sentencia de 6 de junio de 2024, de la Sala Novena del TJUE**, dictada en el **asunto C-166/23**, considera que el punto 5 del anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/410 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2018, debe interpretarse en el sentido de que todas las unidades de incineración de residuos peligrosos o de residuos urbanos están excluidas del ámbito de aplicación de esta directiva, en su versión modificada, incluidas las integradas en una instalación comprendida en ese ámbito y que no tienen como única finalidad la incineración de esos residuos, siempre que solo se utilicen para la incineración de otros residuos de forma marginal.

- *Indemnización por exclusión de una licitación*: la **sentencia de 6 de junio de 2024, de la Sala Quinta del TJUE**, dictada en el **asunto C-547/22**, declara que el art. 2.1.c), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una práctica nacionales que excluyen por principio la posibilidad de que un licitador excluido de un procedimiento de contratación pública debido a una decisión ilegal de la entidad adjudicadora sea indemnizado por el perjuicio sufrido como consecuencia de la pérdida de la oportunidad de participar en dicho procedimiento para obtener la adjudicación del contrato de que se trate.

- Adjudicación de lotes: la **sentencia de 13 de junio de 2024, de la Sala Cuarta del TJUE**, dictada en el **asunto C-737/22**, considera que el art. 18.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que los principios de igualdad de trato y de transparencia no se oponen a que, en el marco de un procedimiento de licitación dividido en lotes, se adjudique un lote al licitador que haya presentado la segunda oferta económicamente más ventajosa, conforme a la regulación definida en los pliegos de la contratación, siempre que este acepte entregar los suministros y efectuar las prestaciones relativas a dicho lote al mismo precio que el propuesto por el licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa y al que, por consiguiente, se adjudicó otro lote, de mayor importe, de ese contrato.

- Incumplimiento de plazos de provisión de puestos de trabajo (sector público): la **sentencia de 13 de junio de 2024, de la Sala Sexta del TJUE**, dictada en los **asuntos acumulados C-331/22 y C-332/22**, entiende que la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que (i) no se opone a una normativa nacional conforme a la cual el abuso en la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en el sector público se produce cuando la Administración Pública en cuestión no cumple los plazos que el Derecho interno establece para proveer la plaza ocupada por el empleado público temporal de que se trate, por cuanto, en semejante situación, esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada cubren necesidades de esa Administración que no son provisionales, sino permanentes y estables, (ii) se opone a una jurisprudencia y a una normativa nacionales que contemplan como medidas para sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, respectivamente, el mantenimiento del empleado público afectado hasta la convocatoria y resolución de procesos selectivos por la Administración empleadora y la convocatoria de tales procesos y el abono de una compensación económica con un doble límite máximo en favor únicamente del empleado público que no supere dichos procesos, cuando esas medidas no sean medidas proporcionadas ni medidas suficientemente efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en virtud de dicha cláusula 5, y (iii) a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, conforme a la cláusula 5, los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada, la conversión de esos sucesivos contratos o relaciones de empleo de duración determinada en contratos o relaciones de empleo por tiempo indefinido puede constituir tal medida, siempre que esa conversión no implique una interpretación *contra legem* del Derecho nacional.

- Indemnización de daños causados por un tratamiento de datos en infracción del reglamento comunitario: la **sentencia de 20 de junio de 2024, de la Sala Tercera del TJUE**, dictada en el **asunto C-590/22**, ha establecido que el art. 82.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a

la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), debe interpretarse en el sentido de que (i) una infracción de este reglamento no basta, por sí sola, para fundamentar un derecho a indemnización en virtud de dicha disposición, debiendo el interesado acreditar la existencia de un perjuicio causado por esa infracción, si bien no es necesario que tal perjuicio alcance cierto grado de gravedad; (ii) para fundamentar un derecho a indemnización, basta el temor padecido por una persona a que, como consecuencia de una infracción de este reglamento, sus datos personales hayan sido divulgados a terceros, sin que pueda demostrarse que tal ha sido efectivamente el caso, siempre que ese temor, junto con sus consecuencias negativas, resulte debidamente probado; (iii) para determinar el importe de la indemnización no procede, por una parte, aplicar *mutatis mutandis* los criterios para la fijación del importe de las multas administrativas previstos en el art. 83 del Reglamento ni, por otra parte, atribuir a ese derecho a indemnización una función disuasoria, y (iv) para determinar el importe de la indemnización no deben tenerse en cuenta las infracciones simultáneas de disposiciones nacionales relativas a la protección de datos personales que no tengan por objeto especificar las normas de dicho reglamento.

- *Evaluación ambiental previa de emisiones industriales*: la **sentencia de 25 de junio de 2024, de la Gran Sala del TJUE**, dictada en el **asunto C-626/22**, considera que la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales, a la luz de los arts. 191 TFUE y 35 y 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer que la evaluación previa de las repercusiones de la actividad de la instalación de que se trate, tanto sobre el medio ambiente como sobre la salud de las personas, debe formar parte integrante de los procedimientos de expedición y revisión de un permiso de explotación de la instalación con arreglo a dicha directiva. A efectos de la expedición o de la revisión de tal permiso, la autoridad competente debe tener en cuenta, además de las sustancias contaminantes previsibles a la luz de la naturaleza y del tipo de actividad industrial de que se trate, todas aquellas que sean objeto de emisiones científicamente reconocidas como nocivas que puedan ser emitidas por la instalación, incluidas las generadas por esa actividad que no hayan sido evaluadas en el procedimiento de autorización inicial de esa instalación. Dicha directiva se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el plazo concedido al operador de una instalación para cumplir las medidas de protección del medio ambiente y de la salud humana establecidas en el permiso de explotación de dicha instalación ha sido objeto de prórrogas reiteradas, pese a que se han puesto de manifiesto riesgos graves e importantes para la integridad del medio ambiente y de la salud de las personas. Cuando la actividad de la instalación en cuestión presenta tales peligros, el art. 8.2, párrafo segundo, de la directiva exige, en cualquier caso, que se suspenda el funcionamiento de la instalación.

5.2. *Jurisdicción civil*

- *Plazo de prescripción de la reclamación de los gastos hipotecarios indebidos*: la **sentencia nº 857/2024, de 14 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 1799/2020**, partiendo de la doctrina jurisprudencial sentada por el TJUE, ha resuelto que el día inicial del plazo de prescripción

de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la fecha de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, dicho consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación era abusiva. En el concreto supuesto enjuiciado, al no haber probado la parte demandada que los consumidores tuvieran conocimiento del carácter abusivo de la cláusula de gastos antes de la firmeza de la sentencia que declaró su nulidad, no se considera que la acción de restitución estuviera prescrita.

5.3. *Jurisdicción penal*

- *Deber de actuación de destinatarios de órdenes de alejamiento en caso de coincidencia parcial con la víctima*: la **sentencia nº 497/2024, de 30 de mayo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 1647/2022**, ha declarado que quien tiene en vigor una orden de alejamiento debe apartarse de su víctima en caso de encontrarse casualmente con ella. Concretamente, examina un supuesto en el que, encontrándose el destinatario de dicha orden en un local de ocio, observó cómo accedía al mismo su víctima y permaneció en el mismo, alegando en el recurso de casación interpuesto que no quebrantó la condena, puesto que en ningún momento se acercó a su víctima, sino que limitó a no hacer nada y a quedarse en el lugar. Frente a ello, la Sala considera que *“es al victimario a quien se le imponen determinadas restricciones de deambulación, como es el hecho de la prohibición de aproximarse. Fundada en la seguridad de la víctima la conducta que pone en riesgo se integra por su modalidad activa, acercarse, u omisiva, no retirarse, cuando de forma casual, se ha producido la comunicación”*.

- *Delito de estafa agravada – ofertas falsas de pisos en internet*: la **sentencia nº 624/2024, de 19 de junio, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 3366/2022**, confirmando el pronunciamiento de instancia, considera estafa agravada de vivienda las ofertas falsas de pisos en internet, pues *“es reprochable desde el punto de vista penal la realización de ofertas en internet anunciando inmuebles en alquiler, cuando la realidad es que ese inmueble no lo tiene en alquiler la persona que lo ofrece por internet, ni tiene disponibilidad sobre el mismo, por lo que ese aprovechamiento en un contexto de necesidad de acceso a la vivienda integra una estafa agravada, y, como decimos, reprochable por el aprovechamiento que existe en quienes así actúan por medio de internet, u otros foros, de oferta de pisos en alquiler para conseguir un enriquecimiento patrimonial y un perjuicio a personas que demandan un inmueble en alquiler a un precio asequible”*.

5.4. *Jurisdicción contencioso-administrativa*

- *Naturaleza de los acuerdos de los colegios profesionales sobre fijación de cuotas*: la **sentencia nº 971/2024, de 3 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 7418/2021**, señala que los colegios profesionales, aun los de adscripción obligatoria, son entidades de base asociativa y privada que ejercen determinadas funciones públicas, de manera que los acuerdos adoptados por sus juntas de gobierno en relación con las cuotas que han de pagar sus

miembros por su pertenencia al colegio no tienen la consideración de disposiciones administrativas normativas de alcance general, sino de acuerdos corporativos dirigidos a sus colegiados que tienen carácter privado, sin perjuicio de se apliquen y sean vinculantes para ellos. En consecuencia, no se trata de una disposición administrativa, cualquiera que sea su denominación y, por lo tanto, no necesitan ser publicados para ser eficaces, ni les resulta de aplicación la normativa referente a las disposiciones administrativas. Tales acuerdos se enmarcan dentro del ámbito financiero de cada colegio y las cuotas variables exigibles a los colegiados tienen naturaleza privada, también en el caso de los colegios de adscripción forzosa, sin que puedan considerarse prestaciones de carácter público o tasas y, por ello, su modificación no está reservado a norma de rango de ley. El control jurisdiccional de los acuerdos corporativos que fijan estas cuotas de naturaleza privada por una corporación de base privada y sin relación con el ejercicio de funciones públicas es una cuestión ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que las pretendidas irregularidades en que pudiesen haber incurrido los acuerdos de la junta, tanto desde la perspectiva meramente procedimental como por su contradicción con otras normas del ordenamiento jurídico, es una cuestión ajena a la jurisdicción contencioso-administrativa que debe ser analizada por la jurisdicción civil.

- Posibilidad de externalización de trámites de los procedimientos administrativos: la **sentencia nº 995/2024, de 5 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 871/2022**, ha reiterado su doctrina conforme a la cual no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias en las que una Administración no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, esta pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de medio propio. Dicha colaboración no solo puede estar referida a trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios. La doctrina jurisprudencial a este respecto se examina con mayor detenimiento en el primer comentario doctrinal de este número.

- Grado de detalle de la memoria económica de una disposición general: la **sentencia nº 1032/2024, de 11 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 6896/2022**, dictada a propósito del Plan Sectorial de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunidad de Castilla y León, examina la cuestión relativa al grado de concreción que debe poseer la memoria económica que se acompaña en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria cuyo objeto es la regulación de la estructura, organización y funcionamiento de servicios públicos, que puede incidir en las competencias de las entidades locales sobre dichos servicios y, singularmente, en la autonomía financiera y en el equilibrio presupuestario de las mismas. La Sala considera que, teniendo en cuenta que la norma reglamentaria impugnada afecta a las Administraciones locales, debe extremarse la motivación de la memoria económica, debiendo estimarse cumplimentada la exigencia cuando en el procedimiento de aprobación

de la norma reglamentaria autonómica se elabora una memoria económica con la previsión de los gastos que comporta y los medios para su financiación por la Administración que aprueba la norma, por más que se deje al criterio de la soberana decisión de las corporaciones municipales asumir el cumplimiento de la norma reglamentaria con la aceptación de dicha financiación.

- Cuantificación de trienios (personal estatutario): la **sentencia nº 1055/2024, de 13 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 2640/2022**, determina que los trienios devengados por el personal estatutario fijo en régimen de promoción interna temporal en puesto de categoría superior a la propia de su grupo, si ese personal la adquiere, se calcularán por la cuantía correspondiente a dicha categoría superior a partir del momento de su adquisición y pro futuro, siendo posible reclamar las diferencias retributivas que se pudieran devengar desde la fecha de la adquisición de la superior categoría hasta el reconocimiento efectivo y pago, siempre con el límite máximo de los cuatro años del plazo de prescripción.

- Industrias lácteas – obligación normativa de cubrir los costes de producción: la **sentencia nº 1081/2024, de 18 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 693/2022**, ha desestimado el recurso interpuesto frente al art. 1, apartados 3 y 4, del Real Decreto 374/2022, de 17 de mayo, en cuanto que establece que el precio pactado entre las partes en los contratos del sector lácteo no pueda ser inferior al coste efectivo de producción. La sentencia recuerda que dicha obligación fue introducida por primera vez en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, por la reforma llevada a cabo en 2020 por el RDL 5/2020, de 25 de febrero, y posteriormente reiterada por la reforma operada por la Ley 16/2021, de 14 de diciembre, cuyo objeto fue el de transponer la Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. También alude al marco normativo europeo, en donde destaca el art. 39 TFUE, que fija entre los objetivos de la política agraria común el de "*garantizar [...] un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura*", así como la aludida Directiva (UE) 2019/633 y la jurisprudencia del TJUE (por todas, STJUE de 13 de noviembre de 2019, asunto C-2/18). Partiendo del marco señalado, la Sala entiende que la medida impuesta satisface el juicio de proporcionalidad, toda vez que no ha ido más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido, ya que la libertad negocial en cuanto al precio sigue existiendo, con el límite de que el precio cubra el coste efectivo de producción, referido, no a cada transacción concreta, sino al conjunto de la producción comercializada en todo o parte del ciclo de producción. Y todo ello teniendo en cuenta que otras medidas menos gravosas adoptadas con anterioridad, como la autorregulación, el fomento del aumento del tamaño de las explotaciones ganaderas o de las organizaciones de productores, se han revelado insuficientes para cumplir con los objetivos perseguidos. En virtud de todo lo anterior, rechaza igualmente que la medida pueda lesionar la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE.

- Anulación de la obligación reglamentaria de que los afectados por la talidomida deban someterse a un nuevo examen: la **sentencia nº 1113/2024, de 24 de**

junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictada en el **recurso 891/2023**, ha anulado el apartado c) del art. 2, el apartado h) del art. 6 y el apartado 2 del art. 8 del Real Decreto 574/2023, por el que se regula la concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el período 1950-1985, en la medida en que prevén su aplicación a personas que en el pasado fueron regularmente reconocidas por una Administración autonómica como afectados por la talidomida. La Sala considera que dicha norma impone un requisito que no se encontraba en la DA 56ª de la Ley 6/2018, por lo que el desarrollo reglamentario no se limita así a aspectos procedimentales o instrumentales para facilitar la aplicación del precepto legal a ejecutar, sino que añade un requisito para poder ser beneficiario de la ayuda legalmente prevista, de modo que los sujetos susceptibles de recibir la ayuda pasan a estar más restringidos con el reglamento de desarrollo que con la ley desarrollada, excediendo de este modo de lo que es propio de un reglamento ejecutivo, con infracción del principio de jerarquía normativa. Puntualiza que *“Las partes no discuten que el Estado puede legítimamente establecer la ayuda a los afectados por la talidomida y gestionarla directamente, sin que tampoco esta Sala albergue dudas al respecto. Y desde luego puede el Estado regular medios de comprobación de que los solicitantes de la ayuda son efectivamente afectados por la talidomida. Pero ello no le autoriza a ignorar los actos que las Administraciones autonómicas -en ejercicio de sus competencias y, en particular, de la relativa a asistencia social- hayan podido adoptar en el pasado para reconocer la condición de afectado por la talidomida: en la medida en que tales actos de reconocimiento eran -y siguen siendo- ajustados a Derecho, el Estado no puede ahora eludirlos”*.

- Aplicación de reducción por parentesco en el ISD: la **sentencia nº 1114/2024, de 24 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 6969/2022**, considera que cuando ha prescrito el derecho de la Administración a practicar liquidación por la herencia en la que se desmembró el dominio, cabe aplicar la parte de la reducción restante por parentesco con ocasión de la consolidación del dominio, pese a que no se aplicó ninguna reducción con ocasión de la adquisición de la nuda propiedad al no haber presentado el obligado tributario autoliquidación del impuesto por la herencia que dio lugar a tal desmembramiento del dominio

- Naturaleza de una comisión interministerial: la **sentencia nº 1121/2024, de 25 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso 776/2023**, declara que la Comisión Interministerial para el desarrollo y mejora de la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública es un órgano de trabajo en el que participan institucionalmente los sindicatos, pero no por eso es un órgano de representación sindical, lo que permitiría restringir la representación institucional a los sindicatos más representativos.

5.5. Jurisdicción social

- Registro de pertenencias a los empleados: la **sentencia nº 874/2024, de 5 de junio, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo**, dictada en el **RCUD 5761/2022**, ha resuelto la controversia consistente en determinar si es lícito el registro del bolso de una trabajadora, como consecuencia de haber sonado la alarma del sensor antihurtos, sin

presencia de un representante legal de los trabajadores, ni de otro trabajador. La resolución puntualiza que la presencia de un representante de los trabajadores o de un trabajador de la empresa no se relaciona con la protección de la intimidad del trabajador registrado (art. 18 CE), sino que se trata de una garantía de la objetividad y de la eficacia de la prueba, que encuentra su sustento legal en el art. 18 ET. También recuerda que, mientras que la jurisprudencia ha considerado como efecto particular del trabajador, en orden a la aplicación del art. 18 ET, su vehículo (STS de 11 de junio de 1990), por el contrario, ha entendido que dicha garantía no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral (STS de 26 de septiembre de 2007). Partiendo de lo anterior, en el caso examinado, se declara que el bolso de una trabajadora es un efecto particular suyo a los efectos de la garantía del art. 18 ET, sin que se hubiese alegado ni acreditado impedimento alguno para que el registro se realizase en presencia de un representante legal de los trabajadores o de otro trabajador de la empresa, lo que le hubiera dotado de mayores garantías de objetividad y eficacia. En consecuencia, dicho incumplimiento conlleva que esa prueba no pueda desplegar efectos probatorios en orden a la calificación como procedente del despido disciplinario y que, por consiguiente, la ineficacia probatoria del registro del bolso conlleve la calificación del despido como improcedente. Finalmente, al tratarse de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor, por aplicación del art. 55.5.b) ET se ratifica la sentencia recurrida, que confirmó la declaración de nulidad del despido.

- *Trabajadores indefinidos no fijos*: en el segundo comentario doctrinal del presente número se incorpora una **relación de pronunciamientos dictados por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid** en la materia tras la sentencia de 22 de febrero de 2024, de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y 159/22), a resultas de las cuestiones prejudiciales planteadas por aquella.

6. OTRAS RESOLUCIONES

- *Orden de 30 de mayo de 2024, de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se dictan las normas de elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad de Madrid para el año 2025 (BOCM nº 133, de 5 de junio de 2024).*

- *Orden 1913/2024, de 30 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, por la que se fijan las limitaciones y épocas hábiles de caza que regirán durante la temporada 2024/2025 (BOCM nº 140, de 13 de junio de 2024).*

- *Resolución 3125/2024, de 17 de junio, de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación, por la que se establecen los criterios que han de regir la tramitación de expedientes de autorización y comunicación previa relativos a la atención a personas mayores en municipios de hasta 2.500 habitantes: en los municipios de población inferior a 2.500 habitantes, la atención no residencial a las personas mayores podrá prestarse mediante servicios de convivencia familiar y social, contemplados en el art. 3.1.5 de la Orden 613/1990, de 6 de noviembre, por la que se desarrolla el Decreto 6/1990, creador del Registro de entidades que desarrollan actividades en el campo de la*

acción social y los servicios sociales. Dicha atención no residencial puede referirse a la promoción de su autonomía personal, la prevención y atención de la soledad no deseada, el envejecimiento activo, la organización de actividades para la ocupación del tiempo libre y el ocio, e incluir la convivencia y la manutención, sin alojamiento (**BOCM nº 153, de 28 de mayo de 2024**).

- ***Recomendación 1/2024, de 31 de mayo de 2024, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la composición de las mesas de contratación en la Comunidad de Madrid***: establece diversas recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación y entidades contratantes de la Comunidad de Madrid sobre la composición de las mesas de contratación.

7. COMENTARIOS DOCTRINALES

7.1. Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos – *Fernando Luque Regueiro (Letrado de la Comunidad de Madrid)*¹

I. Consideraciones previas y marco legal.

La externalización de funciones en las Administraciones Públicas modernas, entendida en un su sentido amplio, resulta innata y consustancial a la existencia de sus obligaciones prestacionales y a la correlativa carencia en su seno de medios directos para cumplimentarlas.

Su expresión más primigenia y natural se halla en la contratación pública de obras, servicios y suministros, a cuyo través las Administraciones se abren al mercado para proveerse de los medios necesarios para realizarlos o conseguirlos², pero alcanza también a otras figuras de más reciente creación, tendentes a una similar finalidad y que surgen al amparo de sus potestades auto organizativas, como la encomienda de gestión o el encargo a medios propios personalizados. En ambos casos es común el desplazamiento o deslocalización del ejercicio de la competencia del órgano titular en otros entes distintos, con las matizaciones que después apuntaremos.

En realidad, y para ser precisos, en los encargos es impropio e incluso contradictorio hablar de externalización porque, como se sabe, se tratan de operaciones “*in house providing*” o “*contrat maison*”, esto es, actuaciones de internalización y autoprovisión, en la medida en que las Administraciones encargantes ejercen “*un control análogo*” sobre sus medios propios aunque estos tengan personalidad jurídica distinta. En cualquier caso, en un ánimo simplificador, emplearemos en el presente trabajo, si se nos permite, una terminología unívoca, englobando todas estas prácticas bajo el término de externalización.

Podría asimismo hablarse de cierta externalización en los convenios³, aún con sus notas definidoras que las alejan del contrato (convergencia en intereses y fines, aportaciones de bienes y/o elementos personales de los firmantes, y ausencia de relación sinalagmática).

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Subdirector General de lo Consultivo en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

² El artículo 28.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (LCSP), reconoce a las entidades del sector público la potestad de celebrar contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

³ El artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 3 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, los define como “*los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común*”, y precisa que “*los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público*”.

En todos estos supuestos de externalización afloran unos límites infranqueables que derivan de la retención en exclusiva por parte de las administraciones de todo lo referido al ejercicio de las potestades públicas o ejercicio de autoridad, de manera que las funciones que afecten directa o indirectamente a este núcleo indeclinable han de permanecer residenciadas y ejercitadas por el órgano titular de la competencia.

Estos contornos irreductibles se reconocen expresamente en nuestro derecho positivo.

En el ámbito contractual ha sido tradicional la proscripción derivada del ejercicio de la autoridad⁴. Así el artículo 17 de la vigente LCSP⁵, al definir el contrato de servicios, señala que *“no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

Esta misma regla se reitera, en sede de contratos de concesión de servicios, tanto en el artículo 248, de modo que *“en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*, como en el artículo 287 cuando establece que *“la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”*.

Como dice la doctrina⁶, *“esta exclusión es clásica en este tipo de contratos por tratarse de una serie de actividades que implican el ejercicio de la potestad de imperium inherente a la administración en un estado de derecho”*.

⁴ La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 2/06, de 24 de marzo de 2006, acerca de la *“Posibilidad de gestionar indirectamente un contrato de servicio de prevención y extinción de incendios o consideración de la prestación como de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”*, hacía un repaso normativo del referido límite: *“La evolución de la normativa sobre contratación de las Entidades Locales y sobre contratación de las Administraciones Públicas, en general, siempre ha exigido para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos el doble requisito de que tengan contenido económico y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, expresión que ha sustituido a la anteriormente utilizada de no implicar el ejercicio de poderes soberanos (artículo 43.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; Base IX, apartado 2, de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963; artículo 63 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril; artículo 198 de los Reglamentos de Contratación del Estado, aprobados por Decreto 2354/1967, de 26 de diciembre, y por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre; artículo 95.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y artículo 155.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio)”*.

⁵ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁶ Recuerda Girela, M. A. Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Civitas. Thomson Reuters. Primera Edición. Junio 2018. Pág.177.

Y ello es así, porque este tipo de actividades están reservadas a los funcionarios públicos, tal y como se preocupa de recordar el artículo 9.2 del EBEP⁷: *“en todo caso, 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”*.

En igual sentido, pero con mayor detalle justificativo, el artículo 92.3 de la LBRL⁸, circunscribe este ámbito de actuación funcional inquebrantable, de suerte que *“corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local 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. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”*.

Como puede observarse, el último inciso del precepto incluye una proposición que permite identificar la *ratio* de la reserva de estas actividades en los funcionarios públicos, íntimamente relacionada con el principio funcional que preside la actuación de las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, que no es otro que la objetividad de dicha actuación como impone el artículo 103 de nuestra Carta Magna, y dicho principio constitucional de objetividad requiere necesariamente de la imparcialidad e independencia de quienes dan cuerpo a las administraciones públicas, siendo que sólo se presumen tales notas garantistas en los funcionarios públicos⁹ (en este sentido, la Sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre, del Tribunal Supremo, que después analizaremos).

Por esta misma razón el artículo 113 de la LRJSP¹⁰, establece una exclusión similar respecto de las sociedades mercantiles públicas, que *“en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, (...)”* en tanto en cuanto el personal de dichas sociedades no es funcional sino laboral (artículo 117.4).

Centraremos nuestro trabajo en la externalización que afecta específicamente a la tramitación misma de procedimientos administrativos, fenómeno que se ha manifestado

⁷ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁸ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁹ En nuestra opinión, una más completa consecución de la imparcialidad de los funcionarios públicos exigiría que los puestos de trabajo que estos ocupan gozaran de la garantía de cierta inamovilidad, lo que requeriría una mayor generalización del sistema de provisión de puestos de trabajo a través del concurso, limitando así el sistema de libre designación. Los puestos de libre designación colocan al funcionario en una posición más expuesta a injerencias políticas y exigen del funcionario un prurito de rectitud y honestidad profesional.

¹⁰ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

cada vez con mayor insistencia, y distinguiremos por separado los instrumentados a través de contratos, encomiendas de gestión y encargos a medios propios.

II. Los límites objetivos de la externalización en la contratación pública.

No han sido muy numerosos los pronunciamientos de las juntas consultivas o de los tribunales administrativos de contratación sobre esta problemática. Como veremos, en algunos casos se ha intentado ofrecer una definición genérica del concepto jurídico indeterminado “*ejercicio de la autoridad*” -que actúa como eje delimitador del objeto contractual, como ya hemos apuntado-, en otros se ha tratado de realizar una enumeración o identificación de aquellas potestades administrativas que perentoriamente son intocables, aunque, ya lo adelantamos, estos intentos conceptualistas apriorísticos no acaban de tener virtualidad definitiva, pues más allá de su valor aproximativo, deviene necesario afrontar un estudio casuístico, entreverando y confrontando el alcance preciso de la externalización en cada supuesto. Por lo demás, sí cabe apreciar una progresiva interpretación extensiva del “*ejercicio de la autoridad*”, constriñendo de esta manera el ámbito contractual.

Las dificultades definitorias aludidas ya fueron puestas de manifiesto en el informe 2/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que se advertían las complicaciones que suponía definir “*el ejercicio de autoridad*”, y así se podía leer que “*las opiniones doctrinales que se han enfrentado al comentario del artículo 155.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han puesto de relieve la dificultad, ante la falta de una tipología legal de servicios que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, de concretar tal expresión, señalándose como ejemplos de materias vedadas a la contratación, la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana, y el sistema penitenciario en su núcleo fundamental, pero concluyendo que todo ello “exige el análisis pormenorizado y concreto de las actividades desde el momento en que pueda identificarse el núcleo que realmente constituirá ejercicio de autoridad de aquéllos aspectos que no lo sean y, por tener un contenido económico, puedan ser objetos de contratación”*”.

Sentadas dichas consideraciones previas, podemos reparar, en primer lugar, en el informe 36/1998, de 16 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que, sin embargo, pasó desapercibida una externalización más que cuestionable a la vista de la doctrina que analizaremos a lo largo del presente estudio. La consulta allí tratada pretendía discernir si determinadas contrataciones debían calificarse como contrato de consultoría y asistencia técnica o como contrato de servicios -en el marco de la legislación de contratos entonces vigente, que aún distinguía entre ambos tipos contractuales-, pero subyacía una problemática previa no dirimida, pues, como se explica en sus antecedentes, los objetos contractuales venían referidos a actividades de apoyo a la tramitación administrativa de expedientes, y dichas actividades no sólo atendían a labores mecanográficas de ordenación de documentos, introducción de datos en ordenador o notificación de actos, sino también alcanzaba a la elaboración de informes, calificación jurídica de documentación o valoraciones técnicas o económicas, trascendentes para

alcanzar propuestas de resolución, tareas éstas que se conectan claramente con actuaciones anejas al ejercicio de potestades públicas.

En el informe 8/2004, de 12 de marzo, de esa misma Junta Consultiva, se interesaba por un ayuntamiento *“la posibilidad de crear la plaza de recaudador funcionario y contratar con una empresa de colaboración las tareas de asistencia a este funcionario en el ejercicio de la función recaudatoria”*, y se cuestionaba si esa actuación podía constituir un fraude de ley y si podía considerarse que de esta manera se realizaban funciones reservadas a los funcionarios, o por el contrario, si era conforme a derecho en la medida en que se limitaba a asistir al titular del servicio, siendo este un funcionario. La Junta consideró en este caso que tales tareas de asistencia no implicaban ejercicio de autoridad, por lo que dicha contratación era viable jurídicamente¹¹.

El informe 52/2009, 26 de febrero de 2010, también de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, daba contestación a un ayuntamiento que planteaba la contratación de un servicio de colaboración en materia de inspección tributaria, y se describían tres prestaciones distintas.

En primer lugar, se aludía a la *“posibilidad de que el contratista efectúe comunicaciones, informes, visitas y actuaciones conforme a las disposiciones legales vigentes en materia tributaria y otras de aplicación, bajo la supervisión de inspectores municipales”*, argumentando la Junta que esa supervisión no era suficiente para legitimar el objeto contractual, pues tales actuaciones formaban parte del procedimiento administrativo de inspección, y se advertía que el contratista tendría que limitar su prestación a labores de asistencia y apoyo administrativo y técnico, sin que, en ningún caso supusiera una colaboración directa o sustitución del inspector¹².

La segunda actividad cuestionada se refería a la posibilidad de que el contratista colaborase *“en la incorporación a los expedientes de inspección de todos aquellos documentos que formen la prueba”*. En este caso la Junta dio su conformidad aun

¹¹ *“la posibilidad de contratar con una empresa de colaboración las tareas de asistencia en el ejercicio de la función recaudatoria a un recaudador funcionario, cuya plaza pretende ser creada, la respuesta afirmativa se basa en la posibilidad general que tienen las Administraciones Públicas de celebrar contratos de servicios con empresas particulares en los que la realización de su objeto sea de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga o complementarias para el funcionamiento de la Administración, como señalan las letras a) y b) del artículo 196.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas siendo indudable que estos servicios que se pretende contratar no están incurso en la prohibición del apartado del mismo artículo 196 en cuanto no implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

¹² *“Asumiendo que estas actividades se desarrollen en el curso de un procedimiento de inspección, como parece ser el caso, esta Junta Consultiva entiende que en la medida en que tengan encaje en el artículo 142 de la Ley General Tributaria, como también parece ser el caso, no podrán ser objeto de un contrato de servicios. La supervisión de los inspectores municipales no es en ningún caso suficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria. Deben ser los inspectores municipales quienes realicen estas actividades directa y personalmente. El contratista únicamente podrá prestarles servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico que faciliten la realización de estas actividades, pero no colaborar directamente en su ejecución ni sustituir a los inspectores municipales”*.

condicionada a que se trataran de labores propias y usuales de las que se encarga habitualmente el personal administrativo¹³.

Por último, se valoraba “*la realización de actuaciones preparatorias o de comprobación, o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria*”. También en este caso se supeditó su viabilidad a que se redujeran a actuaciones de mero apoyo administrativo y técnico¹⁴.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado se vio forzada finalmente a ofrecer una definición del “*ejercicio de autoridad*”, en su Informe 14/10, de 23 de julio, pues se interesaba su criterio directamente y en abstracto sobre cómo interpretar aquel concepto, señalándose, de manera aproximativa y ciertamente abstrusa que “*debe entenderse que existe ejercicio de autoridad allí donde se puede actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada*”. Se referenciaban así dos atributos definitorios: su incidencia en la esfera jurídica del administrado y su sometimiento a derecho público en el sentido de ejercer unas prerrogativas de las que carece el administrado.

Esta definición nos recuerda a la referida, años después, en el Acuerdo 65/2016, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra¹⁵, en el contexto de un contrato en el que se incluyen “*los servicios de arquitectura, de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista*”.

En efecto, en dicha resolución se ofrece un acercamiento al concepto, pero con un mayor grado de concreción, disponiendo que debe “*entenderse por participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas el ejercicio de todas las potestades administrativas que configuran dicho núcleo, que incluye la elaboración, preparación y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, exacción de impuestos o la emanación de órdenes de policía, con exclusión de*

¹³ “*Esta Junta Consultiva entiende que si esta actuación es de carácter meramente administrativo o si consiste en servicios informáticos que den apoyo y asistan a los inspectores municipales en la labor de recopilar, organizar y archivar la información y documentación que integra los expedientes de inspección, en ese caso entiende esta Junta Consultiva que esos servicios podrían ser objeto de un contrato de servicios. Si, por el contrario, esa labor de incorporación va más allá e implica, por ejemplo, la obtención de esa información o alguna actividad reservada a los funcionarios públicos por la Ley General Tributaria o por implicar ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en ese caso no sería posible su contratación*”.

¹⁴ “*Entiende esta Junta Consultiva que la intervención del contratista debe ser, una vez más, de mero apoyo y asistencia administrativa y técnica. Su realización quedaría reservada a los funcionarios públicos dado que estas actividades preparatorias de una eventual sanción son expresión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública*”.

¹⁵ Dicha resolución estima la reclamación presentada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Navarra, frente a un pliego de un contrato de asistencia técnica de arquitecto superior. Al hilo de dicha reclamación el tribunal analiza de oficio la viabilidad del objeto contractual, como posible vicio de nulidad de pleno derecho no alegado por la parte recurrente. Así, y en primer término aprecia una indeterminación del objeto contractual, pero también valora si las prestaciones prevenidas en el pliego suponen la realización de funciones reservadas a los funcionarios.

*aquellas actividades públicas de carácter meramente auxiliar o de apoyo, ya sean técnicas o administrativas*¹⁶.

Y concluye que *“así, las funciones reservadas deben ser aquellas que tengan transcendencia para la situación jurídica de los ciudadanos por afectar a sus derechos y obligaciones, en cuanto se requiere la nota de objetividad e imparcialidad que sólo puede proporcionar el estatuto funcionarial, de manera que cuánto más intensa es la escala de la intensidad de exigencia de dicho principio, procederá su atribución al personal funcionario, como ocurre, junto con las potestades de expropiación, inspección, sanción o de concesión de subvenciones, en el caso de la participación en la tramitación de procedimientos administrativos, que incluye informes y borradores de resoluciones administrativas o asesoramiento técnico o jurídico, entre otras”*.

Como puede observarse, se hace una interpretación amplia del concepto jurídico, de manera que se veda al ámbito contractual todas aquellas funciones que pudieran concernir a la esfera de derechos u obligaciones del administrado, lo que, en definitiva, supone una restricción en grado sumo a la externalización de aquellos trámites que influyan de alguna manera en el resultado de cualquier procedimiento administrativo.

Finalmente, el precitado Acuerdo 65/2016 aplica la doctrina expuesta al supuesto de hecho planteado, haciendo especial referencia a la emisión de informes preceptivos, concretando que *“deben constituir funciones reservadas a los funcionarios municipales las que se concretan en la redacción de informes preceptivos en los expedientes de licencias de obras y licencias urbanísticas, Planes de Ordenación municipal y Programas de Actuación urbanística, redacción de instrumentos de Planeamiento, intervención en procedimientos expropiatorios, expedientes sancionadores e inspección y redacción y dirección de obras municipales, así como la elaboración de informes y dictámenes e intervención en actuaciones inspectoras en los expedientes de obras y urbanismo*¹⁷.

De igual manera se pronuncia sobre la prestación de asesoramiento técnico, distinguiendo *“tanto el prestado directamente al ciudadano como a autoridades, en las*

¹⁶ Asimismo se evoca lo previamente sostenido al efecto por la Abogacía del Estado: *“en este sentido, el Dictamen de la Abogacía del Estado 6/93 (Ref. A.G. Servicios jurídicos periféricos), “Criterios para delimitar qué actividades de las Administraciones Públicas constituyen el ejercicio de potestades administrativas”, señala que “A los efectos de la delimitación de qué actividades constituyen el ejercicio de potestades administrativas debe entenderse, como este Centro expuso en el informe de 17 de marzo de 1993 (ref. A.G. Varios 1/93) —siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina mayoritaria—, que dichas potestades son «ciertos poderes reconocidos a las Administraciones Públicas por la Ley y que habilitan a aquéllas para imponer conductas o situaciones de sujeción a terceros sin la voluntad de éstos. Concebido el concepto en estos términos, se trata, evidentemente, de manifestaciones de la situación de supremacía en que las referidas Administraciones se encuentran respecto de los ciudadanos y que, como tales, sólo pueden ejercitarse en el ámbito del Derecho público, ya que en las relaciones de Derecho privado las partes actúan en pie de igualdad. Los ejemplos más significativos de los poderes en cuestión son las potestades reglamentaria, tributaria, expropiatoria, de policía, sancionadora y de autotutela»”*.

¹⁷ Aclara en este sentido que *“específicamente, respecto de la potestad urbanística, en sus manifestaciones de gestión y disciplina en las que la Administración para su ejecución actúa investida de prerrogativas públicas, en la medida en que la emisión de informes preceptivos se inscribe dentro de una potestad de carácter público, la urbanística, dichas funciones, entendemos que no pueden ser objeto de prestación de servicios”*.

que de una forma clara e indiscutible se proyecta el ejercicio de una autoridad pública por conllevar afecciones sobre la situación jurídica de los particulares a los que se dirige dicho asesoramiento, en el primer caso, y suponer una intervención en los procesos de formación de los actos administrativos, en el segundo caso, supuestos ambos en los que se desarrollan actuaciones profesionales conectados con los principios de objetividad y eficacia y que requieren de la imparcialidad exigible a los funcionarios públicos”¹⁸.

Tan sólo salva de la nulidad a aquellas “*tareas de redacción de proyectos urbanísticos y de obras de la propia Administración en la medida en que se configuran como actuaciones temporales, y siempre que no se consagren como permanentes, lo mismo que la vigilancia del estricto cumplimiento, tanto por parte de los contratistas de las obras municipales como por su dirección facultativa, de las prescripciones técnicas contenidas en los proyectos de ejecución promovidos por el Ayuntamiento contratante*”. Nótese que la resolución aporta en este punto un criterio, el temporal, como decisivo para la ilicitud del objeto contractual, de modo que éste no puede sucumbir a una suplantación permanente de las funciones del empleado público, revirtiéndose el sistema ordinario de atribución de competencias. Dicha nota de la permanencia es retomada posteriormente por los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, referidos a encargos a medios propios, como veremos más adelante.

Finalmente, el meritado Acuerdo 65/2016, a título ilustrativo, cita varias sentencias en las que se reconoce la reserva funcional respectivo de determinadas actuaciones¹⁹.

III. Límites objetivos en la encomienda de gestión administrativa.

La encomienda de gestión es una técnica de auto organización administrativa que cobra cuerpo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 15 de la

¹⁸ Con argumento a mayores apostilla que “*no puede ser otra la conclusión a alcanzar cuando dicho asesoramiento, que pertenece al asesoramiento general y habitual de la actividad administrativa, ni siquiera puede ser prestado por una clase de empleados públicos, que es el personal eventual, que accede temporalmente a la Administración Pública para ocupar puestos de confianza o asesoramiento especial, art. 89 de la LBRL, en el que, de conformidad con una doctrina jurisprudencial consolidada hay que excluir el asesoramiento jurídico o técnico, que sólo puede ser prestado por los empleados públicos seleccionados en procedimiento selectivo tramitado conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con los artículos 23 y 103 de la Constitución, cuánto menos por personal ajeno a la entidad municipal a través de un contrato de asistencia*”.

¹⁹ “*A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en las Sentencias de 25 de mayo de 2009 (nº 597/2008) y 8 de febrero de 2011 (nº 113/2009), ha considerado que la reserva funcional afecta a las actuaciones de controles de seguimiento, comprobación de cumplimiento, registro, archivo, clasificación de documentos administrativos, tareas organizativas de los expedientes administrativos y la tramitación de solicitudes con fijación de su prelación y su admisión.*

También la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, del TSJ de Andalucía, recurso nº 404/2010, anula una Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la que se delegaba en una Agencia Pública Empresarial con personal laboral la facultad de conceder subvenciones con indicación de que la concesión de subvenciones implica el ejercicio de potestades administrativas que no pueden ser realizadas por el personal de dicha Agencia”.

LRJPAC.²⁰ El objeto de las encomiendas versaba sobre la realización de “*actividades de carácter material, técnico*” o “*de servicios*” de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público encomendantes. La inclusión del inciso referido a los “*servicios*” entrañó una fuerte confusión con la figura de la “*encomienda de gestión*” a medios propios y servicios técnicos prevista años más tarde en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la medida que le otorgó idéntica denominación²¹, conviviendo así dos figuras en textos legales distintos con notas parcialmente coincidentes. Podría considerarse que la encomienda de gestión del artículo 15 englobaba también las encomiendas de gestión a medios propios reguladas en la legislación contractual, como indica Martínez Ávila²². La diferencia, debe añadirse, es que éstas sólo podían instrumentarse a través de entes que tuvieran la consideración de medio propio según los requisitos establecidos en la propia legislación contractual, y correlativamente, que las encomiendas de gestión del artículo 15 no podían realizarse por personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, como proscribía el propio artículo 15.5.

Por otro lado, las causas que justificaban la encomienda se ceñían a “*razones de eficacia*” o “*cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño*”,

²⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²¹ Recordemos que la referida Ley señalaba en su artículo 4.1 n), en sede de negocios y contratos excluidos de la Ley de Contratos a “*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, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174*”.

Dicho precepto reenviaba al artículo 24.6, que generó la confusión terminológica aludida, al emplear la misma denominación empleada en la Ley 30/1992: “*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*”.

²² Martínez Ávila. A. Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común. Recuerda Girela M.A (Director). Thomson Reuters Aranzadi. 2016. Pág.1032.

configurándolos como motivos alternativos –aunque algunos autores señalaron que sólo hay “*en el fondo una sola razón, la eficacia, especificada en un caso concreto*”²³.

La ley aclaraba que la encomienda no supone “*alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén*” (artículo 12). Su literalidad aislada hacía presagiar que la encomienda admitiría la alteración o traslado de cualesquiera elementos del ejercicio de la competencia en el órgano encomendado, lo que, sin embargo, resultaba refutado a la luz del artículo 15.2, que acotaba la encomienda en el sentido de que no podía suponer cesión “*de los elementos sustantivos de su ejercicio*”, lo que se ligaba a la responsabilidad atribuida al órgano o entidad encomendante para “*dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda*”.

Dichos límites suponían que toda la actividad material encomendada debía estar supeditada a actos o resoluciones jurídicas que les dieran suficiente cobertura y dictadas por el órgano encomendante, pero si esto hubiera sido así, la encomienda hubiera devenido en un sin fin de comunicaciones entre órganos encomendante y encomendado para el dictado de los soportes jurídicos oportunos, lo que hubiera mermado significativamente la eficacia que se propendía particularmente con la encomienda. Como veremos más adelante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo critica la imprecisión del artículo 15 en este punto, ofreciendo una interpretación favorable a la posibilidad de que el órgano encomendado pudiera realizar algunos trámites administrativos, en particular, los actos denominados de carácter interlocutorio.

Desde una perspectiva adjetiva, se preveían dos instrumentos de formalización de la encomienda, según ésta tuviera lugar entre órganos y entidades de derecho público pertenecientes a la misma administración o a distintas administraciones. En el primer caso, se remitía “*a los términos que establezca su normativa propia*” y, en su defecto, se exigiría un “*acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes*”. En el segundo, la encomienda se formalizaría, como regla general, mediante firma del correspondiente convenio entre ellas²⁴. Paradójicamente, sólo en el primero de los supuestos se contemplaba expresamente la necesidad de publicidad del instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución. Cierta doctrina, sin embargo, consideró que “*una interpretación razonable extiende dicho precepto, por aún mayor identidad de razón, a las encomiendas interadministrativas*”²⁵.

El régimen jurídico de la encomienda desbrozado sufrió algunas modificaciones de relieve con ocasión de la redacción del artículo 11 de la LRJSP.

²³ Sardina Páramo. J.A. Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993. pág.46.

²⁴ Con la salvedad de que se tratara de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, y cuyo caso, se habría de atender a las previsiones de la legislación de régimen local.

²⁵ Sardina Páramo. J.A. Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993. pág.47.

Siguiendo nuevamente a Martínez Ávila, la principal novedad radicaba en excluir de manera expresa del ámbito objetivo de la encomienda de gestión las prestaciones propias de los contratos de servicios²⁶ soslayando así la superposición de las figuras referidas en los distintos cuerpos normativos de régimen jurídico y de contratación del sector público, que antes apuntamos. Ello se plasma en la definición de la encomienda postulada ahora por el artículo 11.1, al suprimir la referencia a los “servicios”, de modo que el objeto de la encomienda quedaba reducido a “*la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público*”.

En esta misma sintonía, la nueva ley recalca que la encomienda de gestión sólo puede realizarse por “*órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades*” (art. 11.1). Se especifica, de esta manera, la necesidad del carácter público de la entidad encomendada – aunque tal circunstancia se derivaba en el régimen anterior de la prohibición inserta en el precitado artículo 15.5, que ahora se suprime-.

Pueden apuntarse otras modificaciones de menor calado, como la atinente al régimen de publicidad de las encomiendas, subsanando la deficiencia antes reseñada, de manera que las encomiendas interadministrativas también debían ser objeto de publicación. Se hace expreso este condicionante en el artículo 11.3.b)²⁷.

Así, pues, con la LRJSP se amplían las distancias entre ambos tipos de encomiendas, reduciendo considerablemente el ámbito de actuación de la encomienda regulada en sede de régimen jurídico. De hecho, ya se había apuntado previamente por la doctrina que la encomienda de gestión del artículo 15 “*ha quedado prácticamente sin contenido desde la publicación de la LCSP 3/2007*” siendo absorbida por la regulada en la legislación contractual²⁸.

Más recientemente y de forma más justificada se ha dicho que “*si bien la LRJSP – art. 11.1- declara que las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público, y aun cuando el artículo 11 de la LRJSP no menciona ya la palabra <<servicios>> del objeto de la encomienda de gestión, y que sí contenía expresamente el precedente artículo 15 de la Ley 30/1992 (lo cual era muy expresivo de su objeto), lo cierto es que si la encomienda*

²⁶ El artículo 11 en su párrafo segundo dispone 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*”.

²⁷ “*Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local*”.

²⁸ La encomienda de gestión: áreas de riesgo y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Cossío Cadpedvilla. A. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid nº32, 2015 (págs 199-214).

es intersubjetiva (no meramente interorgánica) y retribuida, es difícil concebir una <<actuación material o técnica>>, de la que se excluye expresamente la producción de actos jurídicos (<<siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda>> -art. 11.2-), que no pueda ser considerada objeto de un contrato de servicios, una vez que éste, tras la LCSP 2017, ha pasado a alcanzar un carácter residual y omnicompreensivo. Es decir, si bien en el régimen previo de la LCSP 2007, dado el ámbito limitado de los contratos típicos, podía mantenerse la dualidad de figuras, en la actualidad es muy dudoso siendo sustituida por la regulada en la legislación contractual²⁹.

La Resolución 696/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con reproducción de otras anteriores, abunda en las diferencias entre ambas figuras³⁰.

Una vez sentadas las notas características de las encomiendas de gestión, comprenderemos con mayor facilidad los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre sus límites objetivos. No han sido muchos sus pronunciamientos, pero podemos rescatar, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013, que confirma una previa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 8 de febrero de 2011, que a su vez, anulaba una encomienda de gestión por la que se atribuía el ejercicio de determinadas actividades materiales y de gestión administrativas de registro y clasificación de contratistas y subcontratistas.

²⁹ Fernández Ramos. S y Pérez Monguió. J.M. Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional? Revista General de Derecho Administrativo. Nº 61 (Iustel, octubre 2022). Al hilo de lo que hemos apuntado se expone un ejemplo de la normativa vasca: “Así, la reciente Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco, que regula de forma diferenciada la encomienda de gestión intrasubjetiva (art. 29) y la intersubjetiva (art. 37), exige para esta que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) <<Que el órgano que realice la actividad encomendada lo haga a título gratuito>> (en cuyo caso, no hay contrato público). b) <<Que la entidad que vaya a desarrollar la actividad encomendada pueda ser considerada, en el uso de esta técnica administrativa, como medio propio o servicio técnico de la entidad encomendante>> (en cuyo caso la figura se confunde con el encargo a medio propio, lo que estimamos contradice el art. 11.1 LRJSP, así como el art. 32 LCSP). c) <<Que, por su objeto, su causa u otra circunstancia jurídicamente relevante, no tenga la naturaleza de contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público>>. Pero aquí es, justamente, donde se produce la dificultad antes señalada. Todo ello sin tener en cuenta, además, la doctrina de la sentencia del TJUE de 21-12-2016, asunto C-51/15, Remondis, según la cual para que una transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas entre entidades pública pueda considerarse un acto de organización interna excluido de la Directiva de contratos es necesario que la autoridad pública ejerce dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad, de modo que dispone de autonomía decisoria y financiera (apartados 51 y 55)”.

³⁰ Así señala que “la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que exige como requisitos que concurran razones de eficacia, o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto, estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP”.

La sentencia³¹ afronta la alegación opuesta por la administración pública recurrente, referida a la vulneración del artículo 15 de la LRJPAC, así como el artículo 38 y la disposición adicional segunda de esta Ley, y se transcribe, a estos efectos, el enjuiciamiento de instancia, que se preocupó de realizar un análisis de las tareas encomendadas, siendo éstas el archivo y clasificación de documentos, respecto de las cuales se había considerado que la *“clasificación, por fuerza conlleva una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica”*. También se detiene en las *“tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen”*, habiéndose señalado que *“es igualmente obvio que la organización de los expedientes supone la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992 en concreto en su Título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar -normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden. No estamos tampoco ante una mera actividad material”*.

Y añade la sentencia de instancia que *“las labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comportan establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc. Cuestiones que, como la anterior, están reguladas por la ley como propias del procedimiento administrativo y que se rigen por principios de este orden y que, reiteramos, comportan el ejercicio de potestades administrativas”*, de lo que deduce que se contraría lo dispuesto en el artículo 9.2 del EBEP, apostillando que el personal de la entidad encomendada no se encuadraba en la categoría de funcionarios públicos.

La recurrente en casación intenta rebatir que lo encomendado se limitaba a la realización de actividades materiales, afirmando que no alcanzaba en ningún momento al ejercicio de potestades administrativas. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo repone aseverando que *“las tareas de clasificación y registro de contratistas y subcontratistas, por los efectos jurídicos que representan para éstos, pues es un presupuesto para la participación en la contratación administrativa, requieren de actos, que aunque sean de trámite en muchos casos suponen el ejercicio de potestades administrativas”*.

Por tanto, se asientan unos límites objetivos absolutos a la encomienda, que pasan por no poder tener afección en todo aquello que implique tramitación de procedimiento administrativo, en el entendido de que ello implicaría el ejercicio de potestades administrativas, incluso en lo atinente a los actos de mero trámite.

Como posterioridad, el Tribunal Supremo vuelve a estas cuestiones, en la Sentencia de 8 de octubre de 2013, que se pronuncia sobre una *litis*³² en la que se confirma la

³¹ Rechaza también el motivo de inadmisión de falta de legitimación en cuanto considera que si el sindicato entiende que la encomienda de gestión sustrae a los funcionarios a los que representa el ejercicio de potestades, como las que afectan a la clasificación de los contratistas, encargándose las a quienes no reúnen tal condición, es evidente que existe un interés en dicha formación para oponerse al acto recurrido.

³² Se refiere a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 26 de marzo de 2012.

estimación del recurso interpuesto por un sindicato contra una encomienda de gestión cuya finalidad era la ejecución de un bono cultural.

En este asunto, el sindicato actor formulaba dos alegatos: que algunas de las tareas encomendadas no eran encuadrables en los contornos materiales de la encomienda, por cuanto consideraba que no eran meras “*actividades materiales consistentes en la realización de funciones técnicas*” como requiere la institución de la encomienda. Se refería a las tareas consistentes en la “*gestión y control de los expedientes administrativos que se generen como consecuencia del desarrollo de este proyecto*”; a las que implicaban el “*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*”; o la referida a “*la suscripción de los convenios de colaboración y de adhesión*”. Excedían, a juicio del sindicato, de las actividades de carácter material, técnico o de servicios, y se las calificaba como una directa atribución al ente encomendado de funciones o facultades sujetas a derecho administrativo, no permitida por el artículo 15 de la LRJPAC.

En íntima relación con la crítica anterior, se alegaba que aquella encomienda alteraba y sustraía funciones propias y exclusivas de los funcionarios públicos, al trasladar al personal contratado por el ente encomendado unas que suponen participación en el ejercicio de potestades públicas, reservadas a aquellos, con vulneración del artículo 9.2 del EBEP.

Ambos planteamientos son confirmados por nuestro Alto Tribunal. En su hilo argumental se analiza la figura de la encomienda de gestión, y subraya la siguiente doctrina:

De un lado, deben acotarse los elementos de la competencia objeto de encomienda a los que no sean importantes, fundamentales o esenciales³³.

De otro, con un alcance más sustancial, se asevera que el objeto de la encomienda debe ceñirse a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios; de manera que sólo será posible acudir a la encomienda para o en relación con 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*”.

En último lugar, se aclara que “*cuantos*” actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda, han de ser dictados por el órgano o entidad encomendante.

Se concluye, por tanto, que “*la adopción de todo acto o resolución de carácter jurídico que sirva de soporte a la actividad material encomendada, o en el que se integre*

³³ “*que los "elementos determinantes" del ejercicio de la competencia que pueden ser "alterados" por la encomienda, no son, o no pueden ser, como dice ese artículo 12.1, "los que en cada caso se prevén"; sino, tan sólo, los que no sean "sustantivos"; en el sentido, dada la definición de este adjetivo en el Diccionario de la Lengua Española, de que no sean importantes, fundamentales o esenciales*”.

ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda”.

En este punto la sentencia moteja, como ya anticipamos, la imprecisión del artículo 15.2, echando en falta una acotación que permitiera a la encomienda comprender la adopción de decisiones estrictamente interlocutorias, sólo las de mero impulso o de mero trámite, y siempre bajo la premisa de que concurrieran razones de eficacia, o para no entorpecer innecesariamente el desempeño de la encomienda.

Con ese limitado alcance es como interpreta el precepto el Tribunal Supremo, reduciendo el margen objetivo de la encomienda a esas acotadas decisiones interlocutorias, en la medida que no pasarían de ser *“un mero instrumento de la actividad material, a la que no darían soporte, ni en las que tampoco se integraría ésta en sí misma”*³⁴.

En consecuencia, nuestro Alto Tribunal se abre en esta sentencia, a diferencia de la anterior, a permitir un ámbito objetivo menos estrecho de la encomienda, de modo que para el desarrollo de las actuaciones materiales o técnicas sería dable permitir al órgano encomendado la llevanza y el dictado de ciertos actos administrativos, sólo los que

³⁴ Aplicando esa doctrina al caso enjuiciado, se señala (F.D.7) que *“con la de gestión y control de los expedientes administrativos, dado que la amplitud del verbo gestionar no permite que excluyamos como objeto de la encomienda (insistimos, a falta de más datos) la adopción sin límites de cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico sean ahí precisos. Y ocurre, ya con menor duda, con la de suscripción de los convenios de colaboración y de adhesión, pues vemos en el expediente administrativo, a través del ejemplar del BOJA en que se publicó la Orden de 5 de febrero de 2009, por la que se regula el Bono Cultural, que las solicitudes de las personas físicas o jurídicas interesadas en participar, como entidad colaboradora o adherida, en el programa Bono Cultural, han de ir dirigidas a la Empresa Pública de Gestión de Programas Culturales; que (y aquí ya empieza lo que no parece encomendable), esas solicitudes, serán objeto de valoración por una Comisión integrada por cinco vocales designados por la persona titular de la Dirección Gerencia de aquella Empresa; que, tal Comisión, ha de valorarlas aplicando conceptos jurídicos indeterminados (como son, entre otros que se citan, el valor artístico y cultural, o el interés pedagógico, de los productos y servicios que oferten), en los que, claro es, caben márgenes de apreciación; que la resolución del procedimiento a que da lugar la solicitud se atribuye a dicha persona titular; que tal resolución puede ser denegatoria, sin que se prevean ahí los posibles medios de impugnación; que, de ser favorable, ese procedimiento finaliza con la suscripción de un convenio que contendrá las obligaciones y derechos de cada una de las partes; y, en fin, que para su suscripción se faculta a la repetida Empresa Pública”*. Su F.D.8 rechaza también la infracción del artículo 9.2 de aquella Ley 7/2007: *el motivo (que al referirse a la que denomina tradicional clasificación de las potestades administrativas deja de mencionar la de fomento; y que habla, pese a lo visto en el último párrafo del fundamento de derecho anterior, de que lo encomendado incluye sólo decisiones regladas, sin dejar margen o grado alguno de discrecionalidad) descansa de nuevo en la negación de que el objeto de la encomienda vaya más allá de las tareas meramente materiales, o más allá de una mera colaboración técnica en tareas administrativas de mera gestión; afirmando, por ello, que no suponen ejercicio de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas, que son las que aquel artículo 9.2 reserva en exclusiva a los funcionarios públicos. Y se centra después, a título de ejemplo, en las labores de registro encomendadas, para fijarse, sólo, en la previsión de que las solicitudes, aunque deban presentarse preferentemente en el registro de la Empresa Pública, pueden hacerlo también en los demás lugares señalados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992*.

En consecuencia, lo razonado en el fundamento de derecho anterior sirve también para desautorizar este tercer motivo. Y aunque la tarea de registro no es en sí misma una que rebase los límites que impone el número 2 del repetido artículo 15, tal y como lo hemos interpretado, no es ella la única en que se fija la sentencia de instancia; por lo que no puede descansar ahí un pronunciamiento de estimación del motivo”.

denomina de carácter interlocutorio, lo que debe interpretarse de manera restrictiva en nuestra opinión. Se sigue vedando al objeto de encomienda el traslado de la tramitación de procedimientos administrativos en el órgano encomendado, idea que, como veremos a continuación, se ve matizada en los más recientes pronunciamientos dictados en el marco de los encargos a medios propios.

IV. Límites objetivos en el encargo a medios propios.

Ya hemos señalado anteriormente algunas de las notas características de los encargos a medios propios en su relación con las encomiendas de gestión, pero conviene exponer otras coordinadas aproximativas a esta figura antes de acometer el estudio jurisprudencial sobre los límites aplicables a su ámbito objetivo.

Como se sabe, el medio propio es una figura de creación jurisprudencial que permite a las entidades del sector público encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos a una persona jurídica diferente de aquellas, siempre que ostente la calificación de medio propio personificado. Los encargos a medios propios, como señala el artículo 32.1 de la LCSP “*no tendrán la consideración de contrato*”, siempre que se cumplan los requisitos señalados en dicho precepto. Apunta Amoedo Souto que “*si el encargo no cumple las reglas del artículo 32 deberá merecer la consideración de contrato público*”³⁵.

Su régimen jurídico se alberga actualmente en el artículo 86 de la LRJSP y en el precitado artículo 32 de la LCSP, y podemos exponer *prima facie*, de manera sucinta, determinadas cuestiones que siguen siendo a día de hoy controvertidas.

La primera de ellas concierne a uno de los requisitos para ser medio propio, en cuanto se exige, como se sabe, y siguiendo la doctrina Teckal³⁶, “*un control análogo*”, esto es, y en palabras del artículo 32.2, que “*el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas*”. Este requisito resulta muy cuestionable cuando el medio propio es una entidad estatal (TRAGSA o TRAGSATEC) respecto de entidades autonómicas y locales, por cuanto es más que dudoso que éstas ejerzan un control análogo sobre los medios estatales de titularidad preminentemente estatal.

Debe significarse, no obstante, que se ha reconocido la existencia de ese control análogo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 19 de abril de 2007, C-295/05, ASEMFO vs. TRAGSA, en un caso relativo a la Administración del

³⁵ Amoedo Souto. C.A. Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018. Página 386.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98.

Principado de Asturias, la cual ostentaba en el capital social de la mercantil estatal una participación del 0,0034%.

El segundo de los problemas se halla en la propia regulación bicéfala de los medios propios, y en concreto, en la relación entre los requisitos exigidos por la LCSP y los señalados en la LRJSP para el reconocimiento de la condición de medio propio.

Recordemos en este punto que el artículo 86.1 de la LRJSP se remite a la LCSP respecto de las “*condiciones y requisitos*” a los que se supedita la consideración de medios propios y servicios técnicos, para a continuación, en el artículo 86.2, señalar que “*tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica. b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico*”.

La Resolución 1106/2019, de 7 de octubre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró que son dos vías alternativas establecidas para la creación de medios propios³⁷, lo que resulta de difícil comprensión en cuanto los requisitos previstos en la LCSP son irrenunciables al emanar de las directivas que ésta traspuso, y en su origen, de los prevenidos en la jurisprudencia comunitaria.

El artículo 86.2 suscita igualmente si esos requisitos son sólo exigibles en el primer momento de creación del medio propio, o si también deben regir en cada uno de los encargos que se realicen. La misma Resolución 1106/2019 que acabamos de citar considera que son de aplicación exclusiva en el momento de la creación del medio propio, más no han de acreditarse en cada encargo particular³⁸.

³⁷ “De la lectura del artículo 86 LRJSP (reproducido en el artículo 91 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en sus apartados 1,2 y 3) resulta que éste habilita dos vías a las entidades del Sector Público a efectos obtener la declaración de medio propio y servicio técnico, tal y como establece el apartado 3 del mismo precepto. La primera de ellas, prevista en el apartado 1, requiere cumplir “las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, cuyo incumplimiento no ha sido alegado por la recurrente. La segunda vía, alternativa a la anterior, se encuentra prevista en el apartado 2 y exige que para que una entidad del Sector Público sea considerada medio propio acredite “disponer de medios suficientes e idóneos” así como o bien constituir “una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”, o bien resultar “necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”.

³⁸ “El artículo 86 LRJSP no se refiere a los requisitos de cada encargo singular a un medio propio, sino que contempla los requisitos necesarios para la creación de un medio propio. La declaración de medio propio y servicio técnico es previa a la formalización de un encargo individualizado, siendo requisito sine qua non para ésta última. En este sentido el artículo 32.6 a) LCSP incluso dispone que “Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la

Sin embargo, la Resolución 95/2019, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, con cita de otras anteriores, propone lo contrario, considerando que los requisitos del artículo 86.2 han de ser valorados en cada encargo³⁹, señalando que *“si bien la existencia de las circunstancias previstas las letras a) y b) del artículo 86 de la Ley 40/2015 se contemplan en el precepto como un requisito previo a la declaración de medio propio, a la hora de efectuar los concretos encargos, debe realizarse una apreciación de la concurrencia de las mismas, actualizada a dicho momento en función de las condiciones concretas del encargo, por exigencias del principio de eficiencia entendido en sentido amplio”*.

Posteriores pronunciamientos postulan una interpretación distinta. Así, la Resolución 1106/2019, de 7 de octubre, o la 696/2022, de 16 de junio, ambas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales⁴⁰. La misma línea es sostenida por el

consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas: a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo”. La regulación de los requisitos de los encargos concretos e individuales que se efectúen a los medios propios se desarrolla en la LCSP (artículo 32 en nuestro supuesto), que no contempla la justificación de la idoneidad y eficiencia de cada encargo individualizado”.

³⁹ *“A la vista de esta regulación resulta claro, como alega TRAGSA, que el cumplimiento de los requisitos contemplados en las letras a) y b) del apartado 2 del precepto es necesario para la declaración de medio propio y servicio técnico. Ahora bien, eso no significa que con ocasión de la realización de los concretos encargos a una entidad ya declarada medio propio no deban justificarse determinados extremos, entre los que se encuentra el ser una opción más eficiente que la contratación pública o que responde a razones de urgencia o seguridad pública. En este sentido, la necesidad de que los requisitos para que proceda un encargo han de ser objeto de interpretación estricta ha sido puesta de relieve por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª: “En consecuencia, los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, (apartado 46) y de 13 octubre de 2005, Parking Brixen (apartados 63 y 65). Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia (así se advierte en el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia «Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia», de julio de 2013 y el Informe núm. 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión). En este sentido, y sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, a los efectos de poder declarar a una determinada entidad como medio propio respecto de determinados poderes adjudicadores, los concretos encargos han de partir de la justificación de que el recurso al encargo es más eficiente que la licitación del contrato, entendiéndose el término eficiente en sentido amplio, comprensivo tanto de si concurren las circunstancias contempladas en la letra a) como de si concurren las previstas en la letra b) del apartado 2 del citado artículo 86”*.

⁴⁰ Esta última señala que *“el vigente artículo 86.3 de la LRJSP establece que cuando se cree un nuevo medio propio, la comprobación del cumplimiento de los citados requisitos se ha de realizar por la Intervención General del Estado, debiendo quedar reflejado en la memoria justificativa de la referida creación (sin mención alguna obviamente a ningún encargo concreto) que es una opción más eficiente, sostenible y eficaz que la contratación pública, o que resulta necesaria su existencia por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico, de forma que la concurrencia de los dos requisitos transcritos se verifique, en ese momento, y no para cada uno de los encargos que se hagan a quien ya tiene la condición de medio propio”*.

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 323/2021, de 15 de julio, y 309/2021, de 8 de julio⁴¹.

Sin embargo, en nuestra opinión, la literalidad del segundo de los requisitos del artículo 86.2 (“*resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico*”) conduce necesariamente a concluir que se trata de una condición predicable exclusivamente de cada encargo particular, de lo que podría colegirse la necesidad de un control individualizado de cada uno de los encargos proyectados.

El ámbito subjetivo del artículo 86, esto es, si resulta de aplicación sólo a las entidades de ámbito estatal o se extiende a las de ámbito autonómico y local, es otra de las dudas entreveradas. El carácter no básico de dicho precepto concitaría una respuesta negativa, pero lo cierto es que la disposición final cuarta, en su apartado tercero, de la LCSP, de carácter básico, señala que “*en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre*”, lo que ha servido de anclaje para sostener lo contrario. En este sentido la Resolución 95/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (siguiendo a las precedentes Resoluciones 41/2019, de 19 de febrero, y 84/2019, de 21 de marzo)⁴².

También ha surgido la cuestión de si el empleo del encargo se configura como algo excepcional o se halla en un plano de igualdad respecto del uso de las fórmulas contractuales. Originariamente se postulaba lo primero⁴³, pero recientemente se ha

⁴¹ En la primera de ellas se subraya que “*que la normativa vigente no contempla un doble control del cumplimiento de los requisitos del artículo 86 de la LRJAP, primero en el momento de creación de un medio propio y posteriormente encargo a encargo. Admitir esa circunstancia, una vez se ha otorgado la consideración de medio propio a una entidad por haber acreditado que es la opción más eficiente, supondría dejar sin eficacia jurídica el artículo 86, pues de nada serviría el control para la atribución de la consideración de medio propio, si luego fuera preciso realizar dicho control en cargo a encargo*”.

⁴² “*nos encontramos con dos preceptos que dentro de una misma norma establecen, al menos aparentemente, regulaciones contradictorias: el artículo 32, que dispone la aplicación de la Ley 40/2015 exclusivamente para los medios propios de ámbito estatal, y la disposición final cuarta, apartado 3, que en relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados (no solo de los del sector público estatal), dispone, en lo no previsto en la LCSP, la aplicación de lo establecido en la Ley 40/2015). Para resolver esta antinomia, y dado que la misma se produce no entre dos normas, con lo que no cabría acudir a las reglas habituales de resolución de los conflictos de leyes (lex posterior derogat lex anterior; ley especial preferente a ley general; etc...), sino dentro de una misma norma, habremos de acudir a las reglas de la lógica. De esta manera caben en principio dos soluciones: o bien entender que pese a lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, el régimen jurídico previsto en la Ley 40/2015 para los medios propios se aplica exclusivamente a aquellos de ámbito estatal, o bien entender que pese a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la LCSP, dicho régimen también resulta de aplicación a los medios propios de todos los poderes adjudicadores, y no solo a los de ámbito estatal. Este Tribunal considera que la solución debe ser esta última, partiendo en primer lugar del carácter básico de la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, y en consecuencia, de su aplicación a todos los poderes adjudicadores y a sus medios propios; y en segundo lugar porque la primera solución dejaría vacío de contenido lo dispuesto en la disposición final cuarta, apartado 3 de la LCSP, lo que sería contrario al principio de efectividad de las normas*”.

⁴³ El informe 26/2017, de 13 de junio, sobre la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas realice encargos a medios propios de la Administración General del Estado, en este sentido: “*la doctrina del in house providing se caracteriza precisamente por constituir una excepción a la obligación y necesidad de adjudicar los*

considerado lo segundo. Así, la Resolución 696/2022, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza un recurso en el que se ataca el encargo señalando que su elección ha de ser realizada con carácter excepcional, frente a la regla general que ha de ser la contratación pública, cuyos principios han de prevalecer frente a aquella. Sin embargo, se posiciona la resolución en sentido adverso, considerando el encargo no como una excepción sino como *“una alternativa a la contratación pública y que, conforme a la legislación vigente, acreditada la condición de medio propio de la entidad a quien se realiza el encargo en el momento de su creación o con posterioridad, dicha declaración evita que se exija una motivación ad hoc para cada encargo de los extremos”*⁴⁴.

Finalmente conviene detenernos en el requisito de la suficiencia de recursos materiales y personales con los que ha de contar el medio propio para acometer los encargos, circunstancia que se ha reforzado en la LCSP al establecer, como regla general, un límite expreso para su propia *“subcontratación”* en el artículo 32.7.b), *“el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo”*, lo que permite presumir que no sean conformes a derecho aquellos encargos que no respeten aquel límite. No existen recientes pronunciamientos sobre esta cuestión porque lo impide esa doctrina, ya apuntada, que apuesta por la valoración *ex ante* de las condiciones para ser medio propio, descartando de esta manera el examen individual *ex post* de cada encargo particular. No podemos olvidar, empero, la contundencia del informe 13/2012, de 27 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que llegó a afirmar que *“no cabe encomienda ni encargo alguno, so pena de incurrir en fraude de ley, si la entidad medio propio o servicio técnico no es suficientemente apta para ejecutar la prestación”*⁴⁵.

contratos públicos a través de los procedimientos encaminados a hacer efectivos los principios de publicidad y concurrencia, puesto que las prestaciones se realizan “en casa”, esto es, por una persona jurídica perteneciente a la propia Administración actuante y controlada por ella. También cabe recordar que si la doctrina del in house providing y, como instrumentación jurídica para su aplicación, la figura de la encomienda de gestión que regulan los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público constituyen una excepción a las normas de Derecho Comunitario sobre adjudicación de los contratos públicos, resulta incontrovertible que el ámbito de la misma puede alcanzar las relaciones de contenido materialmente contractual, es decir, las relaciones que tienen por objeto la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio”.

⁴⁴ Desarrolla el argumento en los siguientes términos: *“los encargos son una opción lícita y en ese sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, las resoluciones más recientes, en concreto, el Auto del TJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, partiendo de su “sentencia Irgita” de 3 de octubre de 2019, C-258/18) analiza la adecuación a Derecho Comunitario, Directiva 2014/24, de una legislación nacional que supedita la celebración de una operación interna (encargo en nuestro Derecho) a la demostración de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a esa figura. Al hacerlo, en dichos considerandos se establece que el artículo 12 de la Directiva faculta a los Estados miembros a excluir una operación del ámbito de aplicación de la Directiva, de la contratación pública y esa decisión implica literalmente una libertad de elección; la Directiva no obliga así a recurrir a un procedimiento de contratación pública ni les obliga a realizar una operación interna”.*

⁴⁵ Se argumenta que *“si una entidad medio propio no puede ejecutar el 50% del encargo, es que no es suficientemente apta para realizar la prestación, por lo que no concurriría el supuesto de hecho del apartado 1.a) del propio artículo 24, y, por tanto, no cabría el encargo o encomienda correspondiente”.*

Sentados los principales problemas interpretativos que siguen acompañando a los encargos a medios propios, podemos centrarnos ya en los límites objetivos aquilatados jurisprudencialmente, observándose una cierta pulsión flexibilizadora en los más recientes pronunciamientos, que no acabamos de compartir por las razones que después expondremos.

En primer lugar, es de destacar la paradigmática y centrada Sentencia 1160/2020, de 14 de septiembre. En este caso se confirma la anulación judicial de un encargo⁴⁶ realizado por la Confederación Hidrográfica del Guadiana en favor de Tecnologías y Servicios Agrarios S.A (TRAGSATEC), filial de la Empresa de Transformación Agraria S.A (TRAGSA). Dicho encargo tenía por objeto, al menos nominalmente, “*la prestación de auxilio material y asistencia técnica en la tramitación de los expedientes sancionadores competencia del organismo de cuenca*”.

La Sala analiza el alcance de las labores encomendadas. Se atribuían 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. Como se puede vislumbrar, la magnitud de los trabajos encomendados es incontestable, lo que no pasa desapercibido en la sentencia de casación.

El discurso argumental de la sentencia principia clarificando el régimen aplicable al encargo, sobre la base de que la recurrente consideraba que se estaba en presencia de una encomienda de gestión, concluyendo que a pesar de la calificación realizada, en verdad, concurre un encargo de los previstos en la legislación de contratos⁴⁷.

⁴⁶ Se amparó en la, por entonces, vigente DA25^a del RDleg.3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) -actual DA24^a 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 DA25^a.

⁴⁷ “*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 privada 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*

A continuación, se remeda la argumentación de la Sala de instancia, y se concretan las particularidades de la potestad sancionadora, considerándola una función pública por antonomasia en la que *“la importancia de lo público resulta, si cabe, todavía más nuclear”*. Enfatiza que *“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”*.

Se recuerdan los límites objetivos que el Alto Tribunal ya opuso respecto de la figura de la encomienda de gestión, que considera aplicables también en los encargos a medios propios⁴⁸, en los términos ya avistados en el apartado precedente.

Enlaza unas consideraciones particularmente relevantes de la Sala de instancia, respecto de las actuaciones que han de conformar el expediente administrativo. Así se afirma que *“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”*. En este punto, rememora que los procedimientos se tramitan bajo la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas –se cita el artículo 35.b) de la

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”.

⁴⁸ *“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 deservicios; 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”*.

LRJPAC, a sabiendas de que su contenido se ha mantenido en el artículo 53.1.b)⁴⁹ de la vigente LPA⁵⁰- de lo que deduce que *“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”*⁵¹. Considera que esas afirmaciones resultan corroboradas a la luz del vigente artículo 70 la LPA referido al expediente administrativo –aunque no sea la normativa de aplicación al caso por razones temporales- de modo que *“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 está 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”*.

Por tanto, se horma el procedimiento administrativo como algo que ha de ser sometido al control efectivo de las unidades administrativas responsables de su tramitación, y de los funcionarios adscritos a dichas unidades.

En su fundamento de derecho segundo, nuestro Alto Tribunal, a la vista del precitado artículo 70 de la LPA, centra embrionariamente el debate en una cuestión general y previa. Se trata de *“examinar la posibilidad de que los procedimientos administrativos*

⁴⁹ Se refiere al derecho de los interesados en el procedimiento administrativo *“a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”*.

⁵⁰ Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁵¹ Pone como ejemplo *“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”*.

*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*⁵².

Son dos los elementos a discernir: por un lado, la medida o intensidad de la intervención del medio propio en la tramitación de procedimientos administrativos; y por otro, si dicha intervención se puede producir de manera permanente o ha de ser necesariamente ocasional. Ya advertimos que en ocasiones la sentencia parece dar un tratamiento conjunto a ambas cuestiones, lo que no compartimos al ser asuntos de distinta significación.

En cuanto a lo primero, se analiza nuevamente la concreta intervención del medio propio en la tramitación del procedimiento, de modo que, partiendo de lo aceptado por la instancia, se sintetiza, como ya hemos señalado, que el personal de aquel es 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 entidad encargante.

A partir de aquí la sentencia transita por el esquema general del procedimiento administrativo. Como premisa, se abordan las características generales de la actividad administrativa (artículo 106 de la CE), sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103). Las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) como garantía del administrado. Se considera que 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.

La administración pública ha de actuar mediante órganos, como *“las unidades administrativas a las que se atribuyan las funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”*. (artículo 11 de la LRJPAC y artículo 5 de la vigente de la LRJSP), a lo que se anuda la irrenunciabilidad de la competencia de los órganos administrativos (artículo 8 de la LRJPAC). A su vez, los órganos administrativos están encarnados por personas físicas que desarrollen esa actividad, los funcionarios públicos que son *“quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”* (artículo 8 del EBEP), recordando su reserva respecto del *“ejercicio de las funciones que impliquen la*

⁵² Vuelve a precisar los auténticos contornos de la cuestión litigiosa suscitada en los siguientes términos:

“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”.

participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas” (artículo 9.2 del EBEP).

Después de un interludio sobre el que después volveremos, la sentencia, en un pasaje posterior, insiste en la particular relevancia de la intervención de los funcionarios públicos, sobre la base de que éstos se hallan sometidos a una relación estatutaria que genera una serie de derechos y deberes, que califica como *“manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda la actividad pública”*. Y la actuación de los funcionarios públicos en la tramitación de los procedimientos administrativos *“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”*. Se proclama, por tanto, una interpretación extensiva del artículo 9.2 del EBEP al proferir un alcance de gran amplitud a los conceptos jurídicos indeterminados empleados por la norma, idea sobre la que se abunda posteriormente poniendo el acento en el interés general que cabe predicar en todo procedimiento administrativo. Así se señala 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”*.

Es más, se llega a vincular esa reserva funcional a las exigencias primigenias del Estado de Derecho, cuando se asevera 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”*. La intervención de los funcionarios públicos, es a la postre, la garantía del sistema impuesta por la Ley, se termina afirmando⁵³.

Bajo estas coordenadas se concluye 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”*.

⁵³ *“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 funcional 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”*.

Las consideraciones anteriores, aplicables a los procedimientos administrativos en general, han de extenderse, con mayor rigor, y como no podía ser de otro modo, en la tramitación de los procedimientos sancionadores, en los que, indica la sentencia, *“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”*.

En este decurso argumental se concreta una segunda acotación de la cuestión, en el entendido de que el verdadero asunto que subyace en el litigio no se ciñe a la mera externalización de prestaciones en medios propios, sino que alcanza a la externalización de la propia actuación administrativa interna. De forma hiperbólica se aventura que lo que se visualiza *“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”*.

En este contexto, la sentencia realza dos ideas fundamentales que deben tenerse en alta consideración.

De un lado, y en íntima conexión con la causa que pudiera justificar la externalización, se recuerda la importancia de la planificación de recursos humanos que corresponde a las administraciones públicas en orden a dimensionar ajustadamente las necesidades de personal en consonancia con las funciones y competencias que deban ejercitar⁵⁴, advirtiendo que una deficiente planificación no puede servir de excusa para la externalización de procedimientos administrativos.

Una segunda reflexión de interés se centra en la negación de la distinción entre trámites esenciales y accesorios del procedimiento a efectos de su externalización: *“(…) no es admisible (…) pretender hacer una distinción dentro del procedimiento entre actuaciones esenciales y accesorias del procedimiento para someterlas aún 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”*.

El régimen descrito –indica la sentencia– no empece para reconocer la posibilidad de que las administraciones puedan acudir a personal ajeno a su propio personal cuando

⁵⁴ *“(…) 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.”*

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 medios propios (*in house providing*), pero en el entendido de que dicha posibilidad no es ilimitada, y que no es lo que acontece realmente en el caso examinado.

En este supuesto lo que se encarga al personal del medio propio, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención *“en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios 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”*. En otras palabras –apuntalando esta idea- no se trata *“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 solicitársele, 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”*.

De tales asertos se deriva cierta confusión, pues se mezclan dos elementos, a nuestro juicio, distintos, como antes ya apuntamos: de un lado la extensión del objeto del auxilio, y de otro, la del carácter puntual del mismo. Aun así, queda claro que el auxilio no puede extenderse a la totalidad de los trámites que conforman los procedimientos, pues, el objeto encargado ha de reducirse al auxilio en la ejecución de resoluciones sancionadoras de especial complejidad, o la elaboración de informes técnicos que coadyuven en la buena llevanza del procedimiento –nótese que se exponen estos posibles auxilios de manera meramente ejemplificativa-.

Sentado todo lo precedente, se delimita por tercera vez el debate, y se plantea la posibilidad de *“atribuir auxilio y la asistencia técnica en la tramitación de los procedimientos sancionadores”*. En el asunto enjuiciado se aprecia que la intervención del medio propio en la tramitación de los procedimientos sancionadores objeto de encargo no es algo *“meramente esporádico o circunstancial sino que se realiza de manera permanente en todos los procedimientos que se tramitan”* por el organismo de cuenca *“orillando la intervención de los funcionarios encargados de dicho cometido en todos los casos”*⁵⁵. Se vuelve a dar un tratamiento conjunto a ambos aspectos, el objetivo y el adjetivo del encargo, lo que enturbia, como decimos, la blancura del argumento.

⁵⁵ Y ello, como se aclara más adelante (F.D. cuarto) sin *“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”*.

Vira la sentencia, y se centra en el aspecto adjetivo del encargo, señalando que no es exculpable el elevado número de procedimientos sancionadores que ha de afrontar aquel organismo, tal y como defiende la Abogacía del Estado⁵⁶, pues tal circunstancia, que puede calificarse de estructural, debiera solventarse con una ajustada planificación de recursos humanos por parte de la entidad encargante, y la deficiencia en ella –así se expresa- no puede 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*”. Se insiste, como se ve, en la trascendencia de las políticas de personal en las administraciones públicas.

Frente a la égida de la Abogacía del Estado, la sentencia, uniendo de nuevo ambos elementos, señala de forma tajante que “*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*”, y como culminación, empleando términos especialmente contundentes, se afirma que “*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*”.

Como corolario de tales aseveraciones se fija la doctrina conforme a la cual “*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*”.

Dicha doctrina entremezcla, como decíamos, los dos meritados elementos, pero enfatiza en mayor grado la idea de la permanencia y continuidad del objeto de encargo –

⁵⁶ En momento posterior, la sentencia (F.D. cuarto) retoma esta cuestión: “*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 defunción 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*”.

su falta de puntualidad-, por encima de lo que nos parece más relevante, que es la acotación del auxilio material o de asistencia objeto de encargo. Hubiera sido muy útil que se hubiera vislumbrado una más aquilatada aproximación a estos segundos límites. De esta manera, subyace la duda de cuál hubiera sido el sentir de la sala si el encargo no se hubiera instrumentado sobre la totalidad de los procedimientos sancionadores, sino sólo sobre alguno de ellos, de manera puntual. La respuesta, entendemos, tendría que haber sido igualmente negativa, pues lo contrario hubiera sido incongruente con la excelsa loa previamente realizada del funcionariado como garantía del procedimiento administrativo, y éste como caución del interés público que ha de pretender la administración, como elemento esencial de nuestro Estado de Derecho.

En cualquier caso, la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, 469/2023, de 12 de abril, da un giro sobresaliente en aquellos planteamientos –confirmado por la Sentencia 1340/2023, de 26 de octubre-.

Ambas sentencias van referidas a ciertos encargos realizados por el Ministerio de Fomento en favor de su medio propio INECO S.A., con ocasión de la tramitación de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de las indemnizaciones complementarias previstas en el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre⁵⁷, contempladas a modo de compensación por las limitaciones impuestas a la prestación de los servicios de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, que se circunscribían al ámbito interurbano en el nuevo régimen que se establecía.

La Sentencia 469/2023, de 12 de abril enjuicia una sentencia de la sala de instancia, en la que a la luz de la doctrina asentada por la previa Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2020, de 14 de septiembre, que acabamos de analizar, declaró nula la resolución administrativa dictada por la Dirección General de Transporte Terrestre del Ministerio de Fomento, que rechazaba la solicitud de indemnización complementaria tramitada a través del encargo, al considerar “*que las tareas desarrolladas por el personal de INECO excede con mucho de una mera labor de asistencia*” y que “*la actividad administrativa propia de los procedimientos de indemnización complementaria, constitutiva sin duda del ejercicio de potestades públicas, fue sustraída a los funcionarios públicos integrados en la Dirección General de Transporte Terrestre, a quienes correspondía su tramitación*”. Se había producido una “*desfuncionarización*” que desnaturalizaba el procedimiento administrativo.

La controversia se centra, tal y como se afirmó en el auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en la precitada Sentencia de 1160/2020 y en la posterior 1265/2020, de 7 de octubre, que la reproduce, resulta de aplicación en el ámbito de

⁵⁷ Dicha norma contempla una indemnización consistente en la posibilidad de seguir ejerciendo la actividad en el entorno urbano y de acuerdo con los términos autorizados durante cuatro años más, mediante un sistema de habilitaciones temporales, sin perjuicio de que sus titulares puedan solicitar una indemnización complementaria si la reconocida legalmente no compensa el valor de la autorización existente. Todo ello se enmarcaba en un procedimiento especial de reclamación de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento de una indemnización complementaria derivada del cambio regulatorio, previsto la disposición transitoria única del citado Real Decreto Ley 13/2018.

procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración.

Lo afirmado en aquellas sentencias versaba, como sabemos, en la negación de la posibilidad de hacer encargos a una entidad externa consistente en la tramitación de sus procedimientos sancionadores *“con carácter general, de permanencia y de manera continua”*.

La Sentencia 469/2023 se preocupa de establecer distancia con los supuestos enjuiciados en los precedentes pronunciamientos. Así se apuntan dos circunstancias disímiles: de un lado, no se está ante un procedimiento sancionador sino ante la solicitud de indemnización complementaria en los términos antes dichos; y de otro, en aquellos supuestos se encargó a una empresa pública la completa tramitación de sus procedimientos sancionadores –salvo el dictado de la resolución finalizadora del procedimiento-, pero no de forma meramente esporádica o circunstancial, sino de manera permanente.

Por el contrario, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia 469/2023 los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no obedecían a una colaboración habitual y continua, sino al intento de dar una solución puntual a una situación de carácter extraordinario, a una necesidad puramente coyuntural, motivada por la presentación de más de quince mil solicitudes con motivo de la previsión contenida en el precitado Real Decreto Ley 13/2018. Habría que considerar –dice la sentencia- la imposibilidad de que la Dirección General de Transporte Terrestre pudiera tramitar por sí misma estas solicitudes en el plazo de seis meses que se había fijado legalmente.

Estas dos diferencias son atendidas por la Sentencia 469/2023 en orden a trasladar y aplicar la doctrina contenida en los precedentes pronunciamientos. Así, después de recordar la normativa que regula el traslado del ejercicio de competencias, aludiendo tanto a las encomiendas de gestión como a los encargos a medios propios, se concluye que *“no cabe excluir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias extraordinarias, una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas pueda acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, bien utilizando la figura de la encomienda de gestión o bien valiéndose de los servicios de una persona jurídica distinta que tenga la consideración de “medio propio de la administración”*.

Se considera que la *ratio* misma del encargo es precisamente atender esas circunstancias extraordinarias que no puede afrontar el órgano encargado: *“Es más, el encargo para reforzar con su personal y medios técnicos las carencias puntuales que pueda tener una Administración pública constituye la razón de ser de un “medio propio” en cuanto dispone de una infraestructura suficiente e idónea para realizar prestaciones en sector de actividad de que se trate en su objeto social por tratarse de una opción más eficiente que la contratación pública o por concurrir razones de urgencia que exijan la necesidad de disponer de los servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico”*.

Señala además que este planteamiento no es contradictorio con el mantenido en la Sentencia 1160/2020 en el que se reconocía viable *“poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de medios para ello, al auxilio de entidades públicas empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicha auxilio o asistencia”*.

Y dicho auxilio y asistencia –añade la Sentencia 469/2023- no sólo es predicable de *“trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios”*.

Se sostiene, por tanto, y esto es lo más importante, la posibilidad de auxilio en la tramitación de procedimientos administrativos, sin bien vuelve a suscitarse la incógnita sin resolver de cuán amplio puede ser este auxilio. En el caso enjuiciado, desde luego, su magnitud es especialmente considerable, ya que, como sabemos, se extiende a toda la tramitación de los procedimientos, lo que entraría en contradicción, en nuestra opinión, con la doctrina de la precedente jurisprudencia.

Se añade, con ánimo justificador, que la entidad encargada tiene la naturaleza de sociedad mercantil estatal, y por tal condición le resulta también de aplicación la Ley rituaría de procedimiento administrativo –afirmación que, a nuestro juicio, es cuestionable, pues las entidades con forma societaria se rigen esencialmente por las reglas del derecho privado-, de lo que deduce que *“la actuación de estas sociedades mercantiles estatales colaborando con una Administración pública en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas no puede considerarse ajena a los principios y reglas de la ley de procedimiento administrativo a las que están sometidas, ni su actividad al tiempo de tramitar los expedientes que le han sido encomendados puede descartarse como un verdadero procedimiento administrativo”*.

Se valora también la intervención en dichos procedimientos de personal que carece de la condición de funcionario público y su posible afección en la reserva funcional que venimos comentando, estatuyendo una interpretación especialmente flexible del artículo 9.2 del EBEP, que se aleja claramente del posicionamiento postulado por la jurisprudencia anterior, cuando señala que *“esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas colaboración con una Administración pública, está reservada exclusivamente a los funcionarios de carrera, impidiendo la participación de otro personal, incluidos el personal laboral o los funcionarios interinos, pues ello desborda al sentido y alcance de esta previsión y dejaría vacante de contenido las formas de gestión indirecta y de colaboración con las Administraciones públicas antes descritas, que necesariamente conllevan la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes de los que conocen”*.

Finalmente se apela a que las circunstancias concurrentes en el caso de autos, en el que órgano encargante se reservaba el control de la tramitación objeto de encargo –así se afirma-, y en particular, la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas, reteniendo en definitiva, la decisión última de estos expedientes,

y por ende, la potestad pública que tiene atribuida. Se trata de una aseveración, sin embargo, que la sentencia parece realizar sin total convicción -resultaba bastante discutible la realidad del control efectivo del procedimiento e incluso de la resolución final- y se añade, quizá para vadear esa dificultad, que no ha resultado probada en la instancia la ausencia del control efectivo de las resoluciones finales ni la intensidad del muestreo de las propuestas de resolución elaboradas por la entidad encargada -debe aclararse que el sistema estipulado en el encargo conllevaba un control por muestreo, es decir, que un determinado número de resoluciones eran firmadas sin dicho control efectivo-.

En definitiva, y al amparo de la trabazón argumental expuesta se fija la doctrina en cuya virtud *“en determinadas circunstancias extraordinarias y cuando una Administración que no posea los medios materiales o técnicos idóneos para el desempeño de las competencias que le han sido encomendadas, puede acudir por razones de eficacia a la colaboración con otras entidades, en concreto a una sociedad mercantil estatal que tiene la consideración de medio propio de la Administración. Esta colaboración puede estar referida no solo a trabajos técnicos o materiales concretos y específicos sino también puede solicitar su auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos que tiene encomendados reservándose el órgano administrativo el control y la decisión que ponga fin procedimiento”*.

El giro jurisprudencial acometido, sin embargo, naufraga, según el voto particular formulado,⁵⁸ ante la literalidad de la normativa vigente, que no permite legitimar la externalización de procedimientos administrativos para darles una respuesta ágil y eficiente, ni tan siquiera ante situaciones extraordinarias como las que concurren en este supuesto. Lo impiden, según se reseña, tanto el artículo 8.1 de la LRJSP (irrenunciabilidad de la competencia por los órganos que la tiene atribuida) como el artículo 20.1 de la LPA (responsabilidad de la tramitación de los procedimientos).

Se destilan también las notas esenciales a estos efectos de la encomienda de gestión y encargos a medios propios, por cuanto *“el auxilio que se permite recabar en estas normas a las que acaba de referirme no es para la tramitación de los procedimientos administrativos -ni, desde luego, para la resolución-, sino, únicamente, para “la realización de actividades de carácter material o técnico” (caso de la encomienda de gestión) o para la ejecución de “prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios” (caso de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados)”*.

En nuestra opinión, este el *quid* fundamental que debería dirimir la cuestión, ya que el encargo está circunscrito a realizar las prestaciones propias de los contratos, como alternativa de éstos, resultando difícilmente subsumible la tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito las prestaciones propias del contrato de servicios, puesto que éste, como sabemos, está ligado a la limitación objetiva que le impone el artículo 17 de la LCSP, al proscribir, como objeto de aquel, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

⁵⁸ Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

Por otro lado, el magistrado disidente impreca igualmente la existencia del control efectivo del procedimiento administrativo y de su resultado final por el órgano encargante, distanciándose de lo afirmado en la sentencia⁵⁹.

Reivindica la doctrina vetada en los pronunciamientos anteriores, aun compartiendo las diferencias entre el caso enjuiciado y el de aquellos –como apuntaba la sentencia-, pues considera que *“buena parte de las consideraciones expuestas en aquellas dos sentencias admiten una proyección de alcance más general que no debe considerarse circunscrita a los procedimientos administrativos de carácter sancionador”*.

Finalmente invoca otros dos pronunciamientos recientes de la misma Sala, que considera desatendidos inopinadamente por la sentencia, y que a juicio del voto particular, *“constituyen precedentes relevantes en la cuestión que aquí se examina”*. Se refiere a las Sentencias del Tribunal Supremo 197/2023, de 16 de febrero y 198/2023, de 18 de febrero, que no versan sobre procedimientos sancionadores, sino sobre procedimientos administrativos de selección de personal. La primera de ellas tenía a la vista un procedimiento en el que se contemplaba que el tribunal calificador podía contar con vocales especialistas para su asistencia, pero se concluye que en ningún caso éstos pueden suplantar o sustituir *de facto* la labor de aquel. Es decir, los vocales especialistas podían *“proponerle una determinada valoración de los méritos correspondientes pero esa labor auxiliar no excluye que sea el tribunal calificador el que deba, antes de resolver al respecto, conocerlos en su totalidad y no sólo mediante un “cuadro-resumen detallado de la fase de valoración” “en formato anónimo”, pues a él encomiendan las bases la decisión. Y, tal como dice la sentencia y no niegan los recurrentes, el tribunal calificador no conoció con plenitud los méritos de los 199 aspirantes que llegaron a esta fase sino que vino a ratificar lo que se le sometió”*.

Signifiquemos finalmente que la posterior Sentencia 1340/2023, de 26 de octubre, analiza el mismo supuesto de encargo, confirmando la doctrina que acabamos de desgranar sobre la base de los mismos argumentos, si bien cuenta, de igual manera, con el voto particular del mismo magistrado, con identidad de raciocinio.

El espectro creado por estas dos últimas sentencias del Tribunal Supremo alberga, en nuestra opinión, una cierta involución, al abrirse una amplia ventana a la externalización casi *in totum* de la tramitación de procedimientos administrativos, lo que nos resulta de difícil asimilación si consideramos todas las advertencias que, de manera recurrente y

⁵⁹ *“Resulta sumamente significativo que el único control previsto sobre las resoluciones definitivas elaboradas por INECO para ratificar su idoneidad consistiera en un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones, cuya cuantía se desconoce por completo, sobre cada una de las remesas de 500 resoluciones que remitía la sociedad mercantil estatal a los funcionarios de la Dirección General de Transporte Terrestre”, lo que debe hilarse con el último de los asertos del Voto particular, en el que señala que “no creo que pueda calificarse como “control efectivo” por parte de la Administración el que se lleva a cabo mediante un simple muestreo de un número aleatorio de resoluciones. Y no habiendo constancia de la entidad cuantitativa de esa muestra aleatoria que es objeto de revisión, a efectos de considerarla más o menos representativa, parece indudable que la acreditación de este dato habría correspondido a la Administración”*.

consolidada, se habían ofrecido hasta la fecha desde los distintos órganos consultivos, tribunales administrativos y judiciales, citados precedentemente, que suscribimos.

No podemos compartir una interpretación tan dulcificada sobre la reserva funcional ni de los límites objetivos de los contratos –y por tanto de los encargos como su alternativa- porque convierte en terreno yermo los preceptos que los positivizan.

Cierto es que se fija como premisa justificativa de partida la concurrencia de circunstancias extraordinarias –e imprevistas, habría añadir, para no desdeñar el deber de planificación de los recursos humanos-, pero debe reconocerse que se trata de un añadido jurisprudencial que no aparece en nuestro ordenamiento jurídico. Converte, en nuestra opinión, la incorporación de un concepto jurídico indeterminado de alto riesgo, dando prevalencia al propósito de no entorpecer la solución de una indudable dificultad administrativa –la gestión de más de doce mil expedientes-, por encima de los planteamientos conceptuales ya asentados que debieran haber sido aplicados.

Tendremos que estar alerta sobre si en un futuro se sigue forzando la hermenéutica para dar solución a otras contingencias más o menos extraordinarias que pudieran suscitarse, dejando definitivamente baldíos los límites objetivos antes dichos, o por el contrario, se retoma y consolida la acendrada y predecesora doctrina.

Bibliografía:

- RECUERDA GIRELA, M.A. “*Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*”. Civitas. Thomson Reuters. Primera Edición. Junio 2018.

- MARTÍNEZ ÁVILA, A. “*Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*”. Recuerda Girela, M.A. (Director). Thomson Reuters Aranzadi. 2016.

- SARDINA PÁRAMO, J.A. “*Estudios y Comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*”. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. “*Los encargos a medios propios: ¿recurso ordinario o excepcional?*” *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 61 (Iustel, octubre 2022).

- AMOEDO SOUTO, C.A. “*Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*”. Gimeno Feliú, J. M. (Director) Aranzadi. 2018.

7.2. Pronunciamientos y posiciones sostenidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en materia de trabajadores indefinidos no fijos tras la STJUE de 22 de febrero de 2024 – Antonio Caro Sánchez (Letrado de la Comunidad de Madrid)⁶⁰

La sentencia de 22 de febrero de 2024, de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en los asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y 159/22, resolvió sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante autos de 22 de diciembre de 2021, 21 de diciembre de 2021 y 3 de febrero de 2022.

Tales peticiones de decisión prejudicial tuvieron por objeto la interpretación de las cláusulas 2, 3 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Mediante la primera cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente preguntó, en esencia, si las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, comprendido en su ámbito de aplicación.

Mediante la segunda cuestión prejudicial planteada en los asuntos C-59/22 y C-110/22, el tribunal remitente preguntó, en esencia, si la expresión “*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada*”, que figura en la cláusula 5 del Acuerdo Marco, debe interpretarse en el sentido de que comprende una situación en la que un trabajador está vinculado a una Administración por un único contrato indefinido no fijo, cuando dicho contrato no tiene fijado un término concreto de duración, sino que se extingue en caso de adjudicación de la plaza en cuestión a raíz de una convocatoria de plazas, y dicha Administración no ha organizado tal convocatoria en el plazo establecido.

La STJUE de 22 de febrero de 2024 respondió a las cuestiones prejudiciales planteadas en el siguiente sentido:

“1) *Las cláusulas 2 y 3 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador indefinido no fijo debe considerarse un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de dicho Acuerdo Marco, y, por lo tanto, está comprendido en el ámbito de aplicación de este último.*

⁶⁰ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Asuntos Contenciosos de Personal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

2) *La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en dicha disposición, comprende una situación en la que, al no haber convocado la Administración en cuestión, en el plazo establecido, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo, el contrato de duración determinada que vincula a ese trabajador con dicha Administración ha sido prorrogado automáticamente.*

3) *La cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé ninguna de las medidas contempladas en esta disposición ni «medida legal equivalente» alguna, a efectos de esta, para evitar la utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos.*

4) *La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece el pago de una indemnización tasada, igual a veinte días de salario por cada año trabajado, con el límite de una anualidad, a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos.*

5) *La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales según las cuales las «actuaciones irregulares» darán lugar a la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas «de conformidad con la normativa vigente en cada una de [dichas] Administraciones Públicas», cuando esas disposiciones nacionales no sean efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la citada cláusula.*

6) *La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la convocatoria de procesos de consolidación del empleo temporal mediante convocatorias públicas para la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores temporales, entre ellos los trabajadores indefinidos no fijos, cuando dicha convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de tales contratos de duración determinada.*

7) *La cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70,*

debe interpretarse en el sentido de que, a falta de medidas adecuadas en el Derecho nacional para prevenir y, en su caso, sancionar, con arreglo a esta cláusula 5, los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales, incluidos los contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, la conversión de esos contratos temporales en contratos fijos puede constituir tal medida. Corresponde, en su caso, al tribunal nacional modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la Directiva 1999/70 y, en particular, de dicha cláusula 5”.

Tras el anterior pronunciamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha adoptado tres grandes posiciones en materia de fijeza:

1. En primer término, con ocasión de resolverse los recursos de suplicación 753/21, 797/21 y 830/21, en el seno de los cuales se formularon las tres cuestiones prejudiciales tramitadas de forma acumulada por la Sección Sexta, que dieron lugar a la STJUE de 22 de febrero, se reunió la Sala de lo Social en Pleno el mismo para tomar una decisión en relación a las consecuencias y efectos del fallo del tribunal europeo.

Y así, las sentencias 317/24, 318/24 y 319/24, todas ellas de 10 de abril, resolvieron los indicados recursos de suplicación considerando que, no obstante lo señalado por el tribunal europeo -el reproche, en definitiva, a la posición adoptada por el Gobierno de España para trasponer el mandato de la Directiva 1999/70, de 28 de junio, que incorporaba como anexo I el Acuerdo Marco de los contratos de duración determinada de 18 de marzo de 1999, y de forma especial la insuficiencia de las medidas contempladas en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Reducción del Empleo temporal público-, la fijeza seguiría sin tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico, (i) tanto de una perspectiva constitucional, a la luz de lo dispuesto en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, (ii) como de legalidad ordinaria, en esencia, en virtud de los artículos 1.2, 1.3 b), 55.1 o 57.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), y (iii) desde el punto de vista del resultados de la negociación colectiva, debiendo referirse en el ámbito concreto de la Comunidad de Madrid al artículo 35 del vigente Convenio colectivo para el personal laboral, de 27 de abril de 2021 (BOCM de 12 de mayo).

Para el Pleno, si bien debe compartirse la insuficiencia de la figura del trabajador indefinido no fijo –de creación jurisprudencial, especialmente a partir de la STS de 7 de octubre de 1996 (rec. 3307/1995), que pretendió la creación de una figura que la vez censurara el abuso/fraude/irregularidad en la contratación temporal de las Administraciones Públicas, sin que por ello se pudiera consolidar la fijeza como forma de vinculación-, lo cierto es que la fijeza como tal no sería dable, en esencia, en virtud de la aplicación de la cláusula quinta de la Directiva 1999/70, pues no sería posible su aplicación en los casos en que para ello hubiera de acometer una interpretación *contra legem*, que es lo que sucedería si se permitiese el acceso a la fijeza sin haberse superado un proceso selectivo donde se hubieren plasmado y acreditado los principios de igualdad, de mérito y de capacidad.

2. Con posterioridad, la totalidad de las secciones que conforman la Sala de lo Social, con la excepción de la Sección Primera, seguirían el camino marcado por el Pleno, en aras a tratar de mantener una postura uniforme y coherente, tratando de garantizar el principio de seguridad jurídica, aceptando y respetando el criterio mayoritario de la Sala aunque pudieran no compartirse los argumentos recogidos por la misma.

Así, a título de ejemplo, pueden citarse los pronunciamientos dictados por la Sección Segunda en los recursos de suplicación 775/23, 882/23, 949/23 y 1070/23 –obsérvese que la referencia a esta sección es esencial, pues es la que *prima facie* pudiera tener un criterio más alejado del recogido en el Pleno, al haber sido a la postre la que planteó las cuestiones prejudiciales de referencia-, por la Sección Tercera en los recursos de suplicación 74/22, 263/23 y 853/23, por la Sección Cuarta en las suplicaciones 646/23, 174/24 y 709/24, por la Sección Quinta en la suplicación 625/23 o por la Sección Sexta en las suplicaciones 337/22 y 88/24.

3. En tercer y último lugar, como se adelantaba, la Sección Primera ha adoptado su propio criterio, diferente al de todas las demás, en el sentido de considerar que, cuando un trabajador hubiere superado alguna fase en un proceso para adquirir la condición de personal laboral fijo, sin superar por ello la totalidad del procedimiento, o cuando se hubieren superado la totalidad de las fases del procedimiento, esta vez para adquirir la condición de personal laboral a tiempo cierto –temporal-, sí reconocería la fijeza.

Esta posición de la Sección Primera, mostrada en las suplicaciones 973/21, 232/23, 303/23 o 38/24, no es firme, pues frente a las sentencias recaídas se ha formalizado el correspondiente recurso de casación para unificación de doctrina, al ser contraria dicha interpretación a lo sostenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 24 de noviembre de 2021 (rec. 2341/019), 25 de noviembre de 2021 (rec. 2337/19), 2 de diciembre de 2021 (rec. 1723/20), 11 de enero de 2022 (rec. 110/21), 12 de enero de 2022 (rec. 4915/19), 27 de octubre de 2023 (rec. 2808/21), 30 de octubre de 2023 (rec. 1967/21), 31 de octubre de 2023 (rec. 20657/21) y 8 de noviembre de 2023 (rec. 3499/22).

7.3. Comentario sobre la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento negociado sin publicidad en el que se invite únicamente al licitador del anterior procedimiento declarado desierto, a la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/2021 – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)⁶¹

Sobre el procedimiento negociado sin publicidad, el artículo 170 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, señala:

“1. Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

2. Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, siempre y cuando sea posible, deberá negociar con él en los términos que se señalan en el apartado 5 del artículo 169”.

El artículo 168, donde se indican los supuestos en los que procede este procedimiento, dispone:

“Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

1.º No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada; ninguna solicitud de participación; o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando esta así lo solicite”.

En último término, a efectos de su tramitación, el artículo 169.2 LCSP indica:

“1. Cuando se acuda al procedimiento de licitación con negociación por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 167, el órgano de contratación, en todo caso, deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 135.

⁶¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Vivienda, Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

2. Serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones”.

De la lectura conjunta de estos preceptos cabe concluir que, efectivamente, no existiendo oferta –pues el sobre del único licitador que debía contener la oferta económica estaba vacío- es dable tramitar un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio, conforme a lo señalado por el artículo 168.a).1º LCSP.

II.- Determinado lo anterior, y si bien, de la lectura del artículo 169.2 LCSP transcrito parece que la regla general es la invitación, al menos, a tres empresarios, procede traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2022, dictada en el asunto C-376/21. En esta sentencia se lee lo siguiente:

“... un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador.

A tenor del artículo 32, apartado 2, letra a), párrafo primero, de la Directiva 2014/24, el recurso a este procedimiento está admitido, en particular, para contratos públicos de suministro cuando no se haya presentado ninguna oferta u oferta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando esta lo solicite. (...)

59. Así pues, (...) un órgano de contratación puede recurrir a un procedimiento negociado sin publicación previa cuando se cumplan tres requisitos acumulativos. En primer lugar, debe demostrar que no recibió ninguna oferta o, al menos, ninguna oferta adecuada en el marco de un procedimiento abierto o restringido de contratación anterior al que se puso fin por esa razón. En segundo lugar, el procedimiento negociado sin publicación previa ulterior no debe modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tal como aparecían en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido

anterior. En tercer y último lugar, el órgano de contratación debe poder enviar un informe de situación a la Comisión si esta lo solicita. (...)

67. Además, cuando un órgano de contratación decide dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, que se organiza a raíz del fracaso de un procedimiento abierto o restringido y que recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones que figuraban inicialmente en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento abierto o restringido anterior, tal actitud sigue siendo compatible con los principios de contratación pública enunciados en el artículo 18, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24, aun cuando el objeto del contrato de que se trate no imponga objetivamente la necesidad de dirigirse a ese operador. En este contexto, el procedimiento abierto o restringido anterior, por una parte, y el procedimiento negociado sin publicación previa posterior, por otra, forman, en efecto, un conjunto indisociable, de modo que la circunstancia de que los operadores económicos potencialmente interesados en dicho mercado tuvieron la oportunidad de manifestarse y de competir entre sí no puede ignorarse. (...)

71. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 32, apartado 2, letra a), de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 18, apartado 1, de esta, debe interpretarse en el sentido de que un órgano de contratación puede dirigirse, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador”.

Así las cosas, en el supuesto previsto en el artículo 168.a)1º LCSP, parece compatible con los principios de la contratación pública la invitación a un solo licitador, aunque ello no esté justificado por cuestiones técnicas, siempre que se cumplan los requisitos enumerados en el mencionado precepto.

III.- Debe advertirse, sin embargo, que, si bien es suficiente con invitar a un licitador, en el caso que otro u otros sean conocedores de la tramitación de este procedimiento negociado sin publicidad, deberán ser admitidos a la licitación, bien con la sola presentación de la oferta o bien tras requerir de invitación al órgano de contratación, siendo esta doctrina consolidada tanto por la jurisprudencia como por los órganos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación.

Así, podemos traer a colación la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 17 de junio de 2021, en la que se lee:

“... procede examinar ya la controversia y discernir si, en efecto, el procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168 a) 1º de la LCSP, cuando no se

haya presentado ninguna oferta adecuada en respuesta a un previo procedimiento abierto, queda circunscrito a quienes presentaron ofertas inadecuadas en el procedimiento inicial; de ser así, solo cabría cursar invitación a estas, pero en caso contrario, nada obstaría a que licitadores no invitados pudieran concurrir.

Pues bien, el artículo 26.4 b) de la Directiva 2014/24/UE dispone que, tratándose de obras, suministros y servicios en los que solo se hayan presentado ofertas irregulares o inaceptables en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, “los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación”. (...)

En el supuesto examinado, (...) el supuesto legal en que se incardina el procedimiento negociado elegido por el órgano de contratación es el previsto en el artículo 168 a) 1º de la LCSP, no el recogido en el artículo 167 e) de dicho texto legal.

Por tanto, la primera consecuencia es que el postulado legal de incluir a todos los licitadores del procedimiento antecedente en la negociación -y solo a estos según mandata la Directiva en su artículo 26.4 b)- únicamente es predicable del procedimiento negociado previsto en el artículo 167 e), como forma de evitar la publicidad obligatoria del anuncio y solo cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios.

Llegados a este punto, hemos de señalar que el supuesto legal de procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 168 a) 1º de la LCSP, al que ha acudido el órgano de contratación, se rige por lo dispuesto en el artículo 170.1 de la LCSP “Los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurren en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa” y, en particular, por lo establecido en el artículo 169.2 de dicho cuerpo legal conforme al cual “Serán de aplicación a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en el apartado 1 del artículo 160, y en los artículos 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de tres. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones”.

Pues bien, el órgano de contratación ha decidido invitar a todos los licitadores que participaron en el inicial procedimiento abierto cuyo número supera el mínimo legal de tres previsto en el precepto legal, pero ello no puede entenderse en el sentido de que solo y exclusivamente aquellos sean los que pueden participar en el procedimiento y menos aún, en el sentido de que si un candidato no invitado solicita participar e incluso presenta oferta, como es el caso, esta deba ser rechazada o inadmitida.

Ni hay base legal para llegar a esta solución, ni la propia naturaleza excepcional del procedimiento negociado frente al abierto o restringido (artículo 131.2 de la LCSP) podría avalar una restricción a la participación de dicho tenor.

Es más, el supuesto legal de procedimiento negociado sin publicidad que ha utilizado el órgano de contratación acudiendo al artículo 168 a) 1º de la LCSP, no solo está previsto para el caso de que no haya habido ninguna oferta o solicitud de participación adecuadas en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, sino también para cuando no existan ofertas o solicitudes de participación; es decir, cuando convocado el procedimiento abierto o restringido, estos queden desiertos por falta de concurrencia. Y es de ver que, en este último caso, resultaría de imposible aplicación la solución de entender que el meritado precepto circunscribe el ámbito del procedimiento negociado sin publicidad a quienes presentaron ofertas inadecuadas en el inicial procedimiento abierto.

Cuanto se ha argumentado nos lleva a concluir que resulta de aplicación al caso enjuiciado las reglas comunes del procedimiento negociado sin publicidad, no siendo posible inadmitir la oferta en plazo de un licitador no invitado al procedimiento.

En este sentido, el Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Pública, bajo un marco legal anterior pero con argumentos igualmente válidos en el vigente, señala que:

«Evidentemente, si se niega a cualquier empresario que reúna las cualificaciones necesarias la posibilidad de acudir a una licitación se le puede estar dispensando por parte de la Administración un tratamiento no igualitario y discriminatorio. De igual forma, llevar, más allá del sentido que después veremos, la facultad de la Administración contratante de elegir los empresarios a los que pedir ofertas para concurrir a la licitación puede ser claramente contrario a la transparencia del procedimiento.

Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, solo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características (...).

Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a tres empresas capacitadas para la realización del objeto (...).

Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato (...). No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a solo tres sino, como decimos, una carga impuesta a esta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados.»
(...)

Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas”.