

EAPC - Món local: urbanisme, tributs, organització i altres àmbits específics



Límits i requisits a l'externalització de l'actuació de l'Administració mitjançant societats públiques instrumentals

13-12-2024

Resum

En aquest apunt analitzarem les limitacions i els requisits de les actuacions que poden portar a terme les societats mercantils públiques locals per encàrrec de les administracions matriu en virtut de les diferents tècniques d'organització i col·laboració interadministrativa a la vista de la jurisprudència recent del Tribunal Suprem. Paraules clau: externalització, societats públiques mercantils, encomana de gestió, encàrrec a mitjans propis, funcions, funcionaris, potestats públiques.

Externalització de l'actuació de l'Administració mitjançant societats públiques instrumentals

En l'apunt anterior¹⁾ en aquest mateix espai ens referíem a l'endinsament del dret administratiu en el règim jurídic de les societats públiques mercantils.

En aquesta ocasió ens referirem a la possibilitat d'externalització d'actuacions administratives per part d'aquestes societats públiques locals i els límits i requisits per portar-ho a terme.

Sobre aquests aspectes s'ha referit el Tribunal Suprem en diverses sentències des de l'any 2020 fins a l'actualitat. En primer lloc, hem de destacar **les sentències 1160/2020, de 14 de setembre, i 1265/2020, de 7 d'octubre**. La primera va estudiar el supòsit d'una empresa pública estatal que, actuant mitjançant una encomana de gestió per l'Administració, efectuava prestació d'auxili material i assistència tècnica. Les funcions encomanades era l'elaboració de dossiers, la valoració de la viabilitat de l'expedient sancionador, l'anàlisi i la valoració de les al·legacions presentades pels interessats i l'elaboració de notes i esborranys dels plec de càrrecs, la proposta de resolució, la resolució d'aquesta i la resolució dels recursos administratius que es poguessin interposar, així com el material i l'impuls efectiu de l'expedient administratiu. En definitiva, es tractava de la tramitació d'un procediment administratiu sancionador a l'ombra.

El Suprem va afirmar que en la mesura que els procediments administratius són els mitjans a través dels quals les administracions públiques desenvolupen la seva activitat i exerceixen potestats, els han de dur terme preceptivament funcionaris públics. El mateix es pot dir dels

procediments administratius en general, amb més motiu en la tramitació dels procediments sancionadors, que tenen més incidència en els ciutadans i fins i tot de manera perjudicial, per tal com constitueix una manifestació del ius puniendi per funcionaris públics.

La Sentència afirma que “no es que la administración externalice un Servicio, es que se externaliza, podría decirse, a sí misma, deja de ser administración si deja de realizar lo básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello, que es, no se olvide, una exigencia constitucional”. S’arriba a afirmar que “parece que se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación [...] 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”.

Posteriorment, la **Sentència del Tribunal Suprem 469/2023, de 12 d’abril**, fa un gir sobrevingut a aquells plantejaments. La controvèrsia se centra a aclarir si la jurisprudència establerta per la jurisprudència dictada en les sentències esmentades (STS 1160/2020 i 1265/2020), és aplicable als procediments administratius no sancionadors.

Aquesta Sentència reconeix que l’auxili i l’assistència que permet l’encàrrec no només es poden referir a “Trabajos técnicos o materiales específicos sino también al auxilio en la gestión y en la tramitación de procedimientos, cuando el órgano administrativo se encuentra ante una situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios”. La Sentència, en relació amb la intervenció de personal no funcionari en aquests procediments, dictamina que “Esta previsión no puede llevarnos a la conclusión de que toda intervención en un procedimiento administrativo, incluso ejerciendo tareas de colaboración con una administración pública, está reservada a los funcionarios de carrera”.

Aquest gir aperturista va ser objecte fins i tot de vot particular, atès que la normativa vigent no permet legitimar l’externalització de procediments administratius. No obstant això, el criteri de la Sala s’ha mantingut en les sentències posteriors de l’Alt Tribunal -STS 1340/2023, de 26 d’octubre, i 236/2024, de 12 de febrer.

Així, la STS 236/2024, de 12 de febrer, considera que la qüestió d’interès cassacional plantejada era si es podia traslladar la doctrina restrictiva dels procediments administratius sancionadors (STS 1160/2020 i 1265/2020) a la resta de procediments administratius en la tramitació de la qual intervenen, de forma esporàdica, entitats externes a l’Administració. Aquesta Sentència analitza la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid que declara la nul·litat de les resolucions dictades per la Direcció General de Transport Terrestres per haver prescindit absolutament del procediment administratiu establert, a conseqüència de la intervenció de la societat de capital íntegrament pública INECO, i ordena la retroacció de les actuacions al moment en què es van presentar les sol·licituds dels expedients d’indemnització.

El Tribunal Suprem considera que l’ordenament permet recórrer als mitjans propis sempre que: - Hi hagi circumstàncies excepcionals. - Les administracions públiques afectades no disposin dels mitjans materials o tècnics per desenvolupar eficaçment aquestes funcions per si mateixes. - La intervenció de l’entitat externa no ha d’estar referida únicament a tasques tècniques o materials específiques, sinó que pot consistir en l’auxili a la gestió i tramitació dels procediments, i l’administració competent ha d’exercir en tot cas les facultats de control i decisió final.

Conclusions

Per tant, podríem dir que, quan els procediments fan referència a l'exercici de potestats més públiques, la potestat sancionadora i la potestat recaptadora, el marge de col·laboració seria més aviat escàs d'acord amb el criteri de la STS 1160/2020. Seria el mateix criteri que quan la jurisprudència és restrictiva amb relació a efectuar contractes de serveis amb tercers per efectuar tasques de suport en els serveis de recaptació o d'expropiació, per exemple. Tanmateix, quan es tracta d'altres procediments administratius d'acord amb la línia marcada per les darreres sentències del Tribunal Suprem (STS 1340/2023, de 26 d'octubre, i 236/2024, de 12 de febrer), és plausible que es pugui recórrer a mitjans propis de la mateixa administració per encomanar dites tasques "administratives" de col·laboració, sempre que s'efectuï d'acord amb els requisits exposats.

1) Martí, I. (2024, Maig). L'endinsament del dret administratiu en les societats mercantils públiques, la revisió d'ofici dels actes contractuals privats. *Espai temàtic món local*. <https://formaciooberta.eapc.gencat.cat/espaiematics/mon-local/lendinsament-del-dret-administratiu-en-les-societats-mercantils-publicues-la-revisio-dofici-dels-actes-contractuals-privats.html>



Isidre Martí Sardà

Secretari General de l'Ajuntament de Vilanova i la Geltrú i professor associat de la Universitat Oberta de Catalunya