

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ091348

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 24 de octubre de 2023

Sala 2.^a

R.G. 1245/2021

SUMARIO:

Procedimiento de inspección. Personal inspector. *Contratos de asistencia técnica con empresas privadas.* Señala la interesada que el personal auxiliar contratado por el ayuntamiento se ha extralimitado en sus funciones ejerciendo aquellas que son propias del personal funcionario por lo que ha de acordarse la nulidad de las actuaciones. Manifiesta en este sentido que la forma de proceder del ayuntamiento, dejando en manos de personal no funcionario la realización de las actividades de inspección, vulnera lo dispuesto en el art. 142 de la Ley 58/2003 (LGT), así como lo dispuesto en el art. 92 de la Ley 7/1985 (LRBRL).

Pues bien, la Administración está legitimada por la normativa aplicable para la celebración de contratos de asistencia técnica con empresas privadas. No obstante, dicha habilitación no faculta a dichas entidades privadas a la tramitación del procedimiento administrativo puesto que la misma está encomendada por la norma a quienes ostentan la condición de funcionario público. El desarrollo por parte del personal no funcionario de funciones que implican el ejercicio de autoridad pública determinará la nulidad de pleno derecho de las actuaciones realizadas y por ende de las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo.

Lo anterior implica que a efectos de determinar si en el caso que nos ocupa se ha producido la extralimitación alegada por la interesada proceda analizar las actuaciones llevadas a cabo por la entidad contratada por el ayuntamiento de para llevar a cabo labores de asistencia técnica.

Se ha de precisar, que no se trata aquí de pronunciarse sobre si el contrato celebrado entre el ayuntamiento y la entidad privada se ajusta a lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de contratos celebrados por una Administración pública, sino de analizar si las actuaciones desplegadas por la entidad contratada han supuesto el ejercicio de funciones que están reservadas por ley a los funcionarios públicos en su calidad de tal.

En ese sentido, de la lectura de los documentos aportados, la intervención de la entidad no se limita a la mera asistencia técnica a la Administración sino que por el contrario la misma tramita la totalidad tanto del procedimiento administrativo -realiza las comprobaciones de los elementos tributarios, elabora las propuestas de regularización, analiza las alegaciones y elabora las actas- como del procedimiento sancionador, por lo que en contra de lo señalado por el ayuntamiento no es posible aceptar que la realización de los actos que integran el procedimiento administrativo han sido desarrollados por funcionarios.

Para entender que un procedimiento administrativo -como lo es el procedimiento inspector-, se ha tramitado con todas las garantías exigidas por la Ley, no basta que los actos administrativos emanados del mismo -propuesta de regularización, acta o acuerdo de liquidación- hayan sido firmados por funcionarios públicos, puesto que dicha firma no puede obviar que se ha producido la tramitación de un «expediente en la sombra» por sujetos no vinculados a la Administración por una relación funcional. No es posible que la mera firma por parte de un funcionario de un documento que ha sido redactado por una entidad privada legitime una actuación administrativa que no se ha desarrollado por los cauces legalmente establecidos. Nuestro ordenamiento jurídico exige «el monopolio de la actuación» de los funcionarios competentes en el ejercicio de las funciones que implican el ejercicio de potestades públicas por lo que los mismos no pueden ser sustituidos sin más por terceros ajenos a la función pública. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), art. 142.

Ley 7/1985 (LRBRL), art. 92.

RD 1065/2007 (RGAT), art. 169.

En Madrid , se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver el recurso de alzada de referencia.

Se ha visto el presente recurso de alzada contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña por la que se estima parcialmente la reclamación 08/06707/2017 interpuesta frente a la desestimación presunta del recurso de reposición presentado ante el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 en relación con las modificaciones censales realizadas en relación con el Impuesto sobre Actividades Económicas, ejercicios 2011 a 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El día 23/02/2021 tuvo entrada en este Tribunal el presente recurso de alzada, interpuesto el 23/12/2020 contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña citada en el encabezamiento.

Segundo.

Consta en lo actuado que en fecha 20 de febrero de 2015, el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 dictó acuerdo de inicio de actuaciones inspectoras dirigidas a la comprobación del Impuesto sobre Actividades Económicas, ejercicios 2011 a 2015.

Tercero.

Tras la realización de las actuaciones oportunas, en fecha 11 de enero de 2016, se dictó propuesta de regularización en la que se indicaba lo siguiente:

I. La entidad interesada está dada de alta desde el 1 de julio de 1998, en el epígrafe 312 "*Forjado, estampado, embutición, troquelado, corte y repulsado*" de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, ejerciendo su actividad en el local sito en el Polígono Industrial, (... ..) de MUNICIPIO_1.

Durante los años objeto de comprobación la entidad declaró los siguientes datos relativos a los elementos tributarios superficie y potencia instalada:

- Ejercicios 2011 a 2014:

Superficie total de 197.226 m² (computable 152.555 m²)
Potencia instalada de 21.437,00 Kws

- A partir del ejercicio 2014:

Superficie total de 185.589 m² (computable 135.589 m²)
Potencia instalada de 44.841,00 Kws

Realizadas las comprobaciones oportunas la Inspección procedió a modificar el elemento tributario "*superficie*" sobre la base de los siguientes argumentos:

- Taller 3: se computa la superficie total del local y se considera que las dos plantas están afectas a la actividad tal y como consta en el proyecto de seguridad contra incendios de 17 de diciembre de 2007 y en la memoria técnica simplificada para la inscripción en el Registro de instalación eléctrica de baja tensión.

- Taller 5: se imputa la totalidad de la superficie como almacén durante los años 2011 y 2012, de acuerdo con lo dispuesto en el proyecto de seguridad contra incendios de junio de 2009 y posterior de 2012 en el que se indica que el mismo se utiliza como almacén de chapistería. Asimismo se computa la superficie del altillo destinado a oficinas sin uso.

De acuerdo con la memoria técnica simplificada para la inscripción en el Registro de instalaciones de baja tensión, de 19 de enero de 2012 y posterior ampliación de 18 de septiembre de 2012, la nave industrial posee una superficie de 8.880 m². A partir de 2013 se considera esa superficie como taller y el resto como almacén.

- Taller 7: De acuerdo con el proyecto de protección contra incendios de noviembre de 2007, y posterior de 2010, se describe el mismo como almacén dedicado al almacenamiento de piezas y elementos metálicos.

En la memoria técnica presentada para la solicitud de inscripción en el Registro de instalaciones eléctricas de baja tensión de 19 de enero de 2012, se hace constar que el mismo está prácticamente vacío y pendiente de reforma para su utilización en procesos de chapistería.

No figura la realización de la citada adaptación por lo que se computa como almacén desde el año 2011.

Por otra parte la Inspección procedió igualmente a modificar el elemento "potencia instalada" por entender que los equipos identificados por la entidad como "equipos de reserva" no podían ostentar dicha condición al no existir documentación alguna que acreditarse la declaración como tales ante la Administración Tributaria.

Cuarto.

Disconforme con lo anterior la entidad formuló escrito de alegaciones en el que se hacía constar, en síntesis, lo siguiente:

- Se ha producido la prescripción en relación con el ejercicio 2011.
- El informe en el que se basa la propuesta de regularización resulta incompleto puesto que si bien en ocasiones informa del uso potencial dado a la superficie, en otras cambia el criterio y procede directamente a su calificación como superficie sin reducción, sin identificar su utilización real ni potencial.
- Los datos de superficie incluidos en el informe realizado por la Inspección computan superficies de actividades económicas no realizadas por la interesada sino por empresas terceras que facturan sus servicios a la misma o a sus empleados (superficie de las vías del ferrocarril, la instalación de empaquetado de chatarra, la actividad de empaquetamiento y el servicio de comedor, entre otras).
- El cómputo realizado de la superficie en relación con los talleres, almacenes, superficies con cubiertas decorativas, superficies descubiertas de la central de frío y torres de refrigeración, edificios EDIFICIO_1, EDIFICIO_2 y EDIFICIO_3, no se corresponde con la realidad.
- Procede la reducción del exceso de potencia declarado en los equipos de soldadura.
- La potencia de los secadores de aire no puede computar a efectos del elemento tributario "potencia instalada".

Quinto.

En fecha 2 de marzo de 2016 y a la vista de las alegaciones presentadas por la interesada, el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 dictó una nueva propuesta de regularización en la que se indicaba lo siguiente:

- La superficie que la interesada considera afecta a la gestión y empaquetado de chatarra no se ha de computar al ser utilizada por una empresa ajena a la entidad interesada.
- La superficie de las cocinas y el almacén no se ha de computar al ser utilizada en exclusiva por la entidad que presta el servicio de comedor.
- La parte del taller 7 denominada ... de 6.800 m² no debe computarse en el elemento superficie al estar alquilada al proveedor **LM**, S.A.
- En relación con el Taller 3 se realiza un nuevo reparto de las superficies de la cota 0 de acuerdo con la realidad existente.
- Procede rectificar la superficie computada en relación con los altillos del Taller 7 al estar en estado de total abandono.
- Debe corregirse la distribución de usos de la superficie correspondiente a los edificios EDIFICIO_3 y EDIFICIO_2.
- En relación con el Taller 5 debe redistribuirse la superficie de la zona de producción, realizando un reparto del 65% para producción y el 35% para la zona de almacenaje y logística para los ejercicios 2013 a 2015.
- Procede descontar del cómputo global del elemento "potencia instalada" la potencia correspondiente a los secadores de aire de los compresores.

Así tras las modificaciones realizadas se consideró que los datos computables en relación con los elementos tributarios comprobados eran los siguientes:

Ejercicio	Elemento superficie		Elemento potencia instalada
	Total superficie	Superficie computable	
2011	248.794 m ²	168.130 m ²	27.376,40 kw
2012	254.491 m ²	171.107 m ²	27.376,40 kw
2013	254.491 m ²	173.908 m ²	27.376,40 kw
2014 y 2015	254.491 m ²	173.667 m ²	45.650,40 kw

Sexto.

En fecha 16 de marzo de 2016, se dictó acta en disconformidad en la que se confirmaba lo señalado en la segunda propuesta de regularización.

Séptimo.

Nuevamente disconforme la entidad formuló alegaciones señalando lo siguiente:

- La falta de concreción de la superficie en el detalle de los elementos tributarios facilitados ocasiona indefensión a la interesada.
- No debe computarse la superficie del comedor ni del ferrocarril, así como la correspondiente a la superficie descubierta de la central de frío o de los lugares sin uso.
- La potencia computada de los equipos de soldadura es errónea.
- Las tareas de inspección se han realizado por el personal de una empresa colaboradora con el Ayuntamiento lo que debe determinar la nulidad de las actuaciones por carecer de la condición de funcionario público.

Octavo.

En fecha 26 de abril de 2016 se dictó por la Inspectora Jefe resolución en la que se acordaba desestimar las alegaciones formuladas por la interesada confirmando lo ya señalado en el acta de disconformidad.

Noveno.

En fecha 17 de mayo de 2016 la entidad presentó nuevo escrito de alegaciones en el que se solicitaba la aplicación de lo dispuesto en la Regla 14.3 de las Tarifas del IAE por considerar que el sector automovilístico se encontraba en la situación de crisis prevista por la citada norma.

Décimo.

En fecha 23 de mayo de 2016 la Administración Local dictó resolución inadmitiendo el escrito de ampliación de alegaciones por extemporaneidad.

Décimo primero.

En fecha 7 de junio de 2016 la interesada interpuso reclamación económico-administrativa dirigida al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña. No obstante, en fecha 28 de julio de 2016 se recibe por la interesada comunicación emitida por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 en la que se indica lo siguiente:

"Por la presente y respecto a su escrito de interposición de reclamación económico-administrativa, por el que la interesada pedía la remisión del expediente inspector al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, presentado en oficina de correos el 07.06.2016 y registrado de entrada con número ..., se comunica a la interesada que:

"El pie de recurso que se indicó en la notificación de la liquidación de referencia adolece de un error material. Así, contra los actos de inspección que supongan inclusión, exclusión o variación de los datos censales, si dichos actos son dictados por una entidad local, se podrá interponer recurso de reposición previo, -que no alternativo como se indicó erróneamente en la citada notificación- a la interposición de la reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña.

Es por lo que el citado escrito en el que la interesada dice interponer reclamación económico-administrativa, esta Administración Tributaria Municipal lo considera recurso de reposición (...)"

A la vista de lo anterior la interesada formuló en fecha 2 de agosto de 2016 alegaciones en las que manifestaba su disconformidad con la modificación censal por considerar que se había producido la prescripción del ejercicio 2011, que procedía la aplicación de lo dispuesto en la Regla 14.3 de la Instrucción de las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas y que la falta de consideración de la inadecuación estructural del Taller 3 provocaba el gravamen de una capacidad económica inexistente al tiempo que se vulneraba el principio de igualdad.

Décimo segundo.

En fecha 3 de octubre de 2016 y ante el silencio de la Administración Tributaria la entidad interpuso reclamación económico-administrativa dirigida al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña que fue registrada con número 08/06707/2017.

Realizada la puesta de manifiesto del expediente formuló la interesada sus alegaciones haciendo constar, en síntesis, lo siguiente:

- Se ha producido la prescripción del ejercicio 2011.
- Los elementos tributarios superficie y potencia instalada calculados por la Inspección no se ajustan a la realidad.
- El personal auxiliar utilizado por la Inspección para la realización de las actuaciones inspectoras se ha extralimitado en sus funciones, ejerciendo aquellas que están reservadas al personal funcionario por lo que procede declarar la nulidad de las actuaciones.

Décimo tercero.

En fecha 24 de octubre de 2017 tuvo entrada en el registro del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, la resolución expresa del recurso de reposición en la que se desestimaban las pretensiones del interesado y se confirmaban las modificaciones censales acordadas por la Inspección.

Décimo cuarto.

En fecha 2 de junio de 2020, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña dictó resolución estimando parcialmente las pretensiones de la interesada por entender que se había producido la prescripción del ejercicio 2011.

Décimo quinto.

Disconforme con la anterior resolución la entidad interpuso frente a la misma recurso de anulación alegando que el Tribunal Regional no había dado respuesta a las cuestiones planteadas por la interesada. La resolución del citado recurso tuvo lugar en fecha 19 de noviembre de 2020 desestimando las pretensiones de la interesada.

Décimo sexto.

Finalmente, en fecha 23 de diciembre de 2020 se interpuso el presente recurso de alzada que fue registrado con número 00/01245/2021.

En el escrito de interposición formula la interesada sus alegaciones haciendo constar lo siguiente:

- Se ha producido una extralimitación de funciones por parte del personal auxiliar contratado por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 al realizar el mismo funciones que conllevan el ejercicio de autoridad y están reservadas por ley al personal funcionario. Dicha extralimitación debe determinar la nulidad de las actuaciones.
- Procede la aplicación de la Regla 14.3 de la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas por encontrarse el sector ... en una situación de crisis y reconversión de sus puestos de trabajo.
- La potencia asignada a los transformadores de las pinzas de soldadura es superior a la real.
- El elemento superficie no ha sido calculado de forma correcta en relación a las superficies sin uso, aquellas en las que otras empresas ejercen su actividad, las superficies descubiertas y los talleres 3 y 4.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT y se cumplen, en especial, los requisitos de cuantía previstos en la Disposición Adicional decimocuarta de la LGT y el artículo 36 del RGRVA.

Segundo.

Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

Determinar si la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional, citada en el encabezamiento es ajustada a Derecho.

Tercero.

Señala en primer lugar la interesada que el personal auxiliar contratado por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 se ha extralimitado en sus funciones ejerciendo aquellas que son propias del personal funcionario por lo que ha de acordarse la nulidad de las actuaciones.

Manifiesta en este sentido que la forma de proceder del Ayuntamiento de MUNICIPIO_1, dejando en manos de personal no funcionario la realización de las actividades de inspección, vulnera lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria, así como lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local y en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

A efectos de abordar la cuestión planteada resulta relevante traer a colación lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de septiembre de 2020, rec.cas 5442/2019, en la que se manifiesta lo siguiente (el subrayado es de este Tribunal):

"SEGUNDO. Examen y propuesta sobre la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

que puedan 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública en un a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa.

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

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

TERCERO. Propuesta a la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

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

CUARTO. **Examen de la pretensión accionada en el recurso.**

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

Y en el debate que se suscita en apoyo de dichas pretensiones se exponen las razones ya examinadas en los anteriores fundamentos en relación a la procedencia de la actuación llevada a cabo por la empresa pública TRAGSATEC en la tramitación del procedimiento sancionador es necesario partir de los hechos que se reflejan en la sentencia de instancia que, sin perjuicio de discrepar por la Administración recurrente sobre su significado, no se cuestionan. En este sentido se debe dejar constancia de la improcedencia de las críticas que se hacen en su contra por la parte recurrente, cuando se cuestionan ese reflejo, porque la sentencia justifica sus conclusiones con referencias detalladas al convenio suscrito e incluso trayendo al debate de autos anteriores pronunciamientos de la propia Sala territorial que evidencia la relevancia de la aplicación práctica de ese convenio. No hay, por tanto, valoración errónea alguna no ya en los hechos reflejados, sino tampoco en las conclusiones a que se llega, cuestión que, por lo demás y como ya se dijo, queda extramuros del recurso de casación.

Los hechos, la actuación y relevancia del personal de la Entidad Pública, han quedado ya reflejados al transcribir la sentencia de instancia y de ellos hemos de concluir que el procedimiento sancionador, como se admite por el Organismo de Cuenca, se tramita por personal directamente vinculado a la mencionada Empresa Pública, el cual procede a la recepción de todos los documentos que se incorporan al expediente, desde la misma denuncia,

procediéndose por dicho personal al examen y, cabría decir, que calificación de los mismos, a los efectos de dar el oportuno trámite. Llegando dicha intervención a tal punto de elaborar dossiers, informe y propuestas de resoluciones. Ante ese panorama califica la Sala de instancia como de una tramitación de un procedimiento en la sombra, lo cual recrimina la defensa de la Administración, cuando sería lo cierto que no se trata de dicha tramitación en la sombra, sino que el único procedimiento sancionador está en manos del personal de la Empresa Pública, con la pretendida legalización de dicha actuación de remitir la suscripción de las resoluciones relevantes, en especial, la que pone fin al procedimiento, se firman por los órganos competentes de la Confederación pero, incluso así, sobre la base de una propuesta que se le hace por aquel personal.

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

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

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

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

El argumento debe examinarse con mayor rigor de lo que en apariencia resulta. En efecto, si concluimos, como hemos de hacer, que la intervención de las autoridades, que no del resto del personal de los órganos de la Confederación, se limita a la firma de las resoluciones que le propone el personal de la Empresa Pública, deberá convenirse que dicha autoridades se limitan a aceptar la propuesta o, cuando más, a la constatación de la idoneidad y legalidad del contenido de dichas propuestas, porque si dichas autoridades deben examinar el expediente para aceptar o rechazar la propuesta, de nada serviría esa dualidad de actividad netamente administrativa. Y no es lo mismo que esas propuestas, que ciertamente se dan en el devenir cotidiano de las Administraciones, se haga por personal funcionario que por personal ajeno a la Administración. Otro tanto acontece en el devenir de los trámites ordinarios del procedimiento, realizados por personal de TRAGSATEC, cuando es lo cierto que esos trámites condicionan la misma resolución que se dicte, más aun en procedimiento de la naturaleza de los sancionares en que la actividad de la Administración no está solo en la defensa que se haga por los afectados, sino que es la propia Administración la que debe aportar al expediente todo cuando sea relevante, en pro y en contra de él, lo cual requiere un grado de preparación, profesionalidad y objetividad que solo en los funcionarios cabe presumir.

Se quiere decir con ello que con tan atípica tramitación tan siquiera es admisible poder acreditar la existencia o no de esa necesaria indefensión porque no hay contraste de cómo debieran haberse tramitado los procedimientos, el concreto procedimiento de autos, de haber tenido intervención en el mismo el personal llamado a hacerlo. Es decir, a la postre, todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de

Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan que se limitan, no consta otra cosa, a la mera firma de la propuesta que le es presentada. Las anteriores consideraciones son las que justifican la decisión de la Sala territorial que, conforme a lo que antes se ha razonado, este Tribunal comparte."

De la lectura de la sentencia reproducida se deriva que la Administración está legitimada por la normativa aplicable para la celebración de contratos de asistencia técnica con empresas privadas. No obstante lo anterior dicha habilitación no faculta a dichas entidades privadas a la tramitación del procedimiento administrativo puesto que la misma está encomendada por la norma a quienes ostentan la condición de funcionario público. El desarrollo por parte del personal no funcionario de funciones que implican el ejercicio de autoridad pública determinará la nulidad de pleno derecho de las actuaciones realizadas y por ende de las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo.

Lo anterior implica que a efectos de determinar si en el caso que nos ocupa se ha producido la extralimitación alegada por la interesada proceda analizar las actuaciones llevadas a cabo por la entidad **GH**, S.L. contratada por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 para llevar a cabo labores de asistencia técnica.

Se ha de precisar, que no se trata aquí de pronunciarse sobre si el contrato celebrado entre el Ayuntamiento y la entidad privada se ajusta a lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de contratos celebrados por una Administración Pública, por no ser competencia de este Tribunal, sino de analizar si las actuaciones desplegadas por la entidad contratada han supuesto el ejercicio de funciones que están reservadas por ley a los funcionarios públicos en su calidad de tal.

En el presente supuesto es cuestión pacífica que las actuaciones de inspección de las instalaciones de **XZ** se llevaron a cabo por personal de la empresa contratada al efecto por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1.

Así se deriva por ejemplo de lo dispuesto en la página 177 del documento PDF que contiene la totalidad del expediente administrativo (PDF en adelante) en la que se indica:

"En relación a la Inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas por la actividad desarrollada en las instalaciones de la sociedad XZ SA situadas en ..., de esta ciudad, le comunico que los técnicos colaboradores que realizarán la Inspección de las instalaciones los días fijados (...) son los siguientes:

(...)"

Asimismo, es de ver que en la página 179 del citado documento PDF, consta lo que sigue:

"A ... a les 10:00 hores del dia (...), es procedeix a dur a terme la visita a les instal·lacions del subjecte passiu (...) a fi de dur a terme la comprovació de les activitats econòmiques i dels elements tributaris declarats per l'obligat tributari en relació amb l'impost sobre Activitats Econòmiques.

(...)

En la visita a les instal·lacions s'ha procedit a efectuar les següents comprovacions que, un cop detallades en l'informe tècnic de la visita a les instal·lacions, s'incorporaran a l'expedient de referència:

- Activitats desenvolupades*
- Superfícies dels diferents locals i els seus usos*
- Potència nominal de la maquinària instal·lada afecte a les diferents activitats desenvolupades."*

Por otra parte en el documento denominado "informe detallado de la visita" utilizado para la regularización que ahora se recurre, se hacen constar los metros computables de las distintas instalaciones así como los kilovatios de las distintas maquinarias, realizándose calificaciones del tipo de superficie como "sin reducción", "no computable".

También resultan incorporados al expediente los documentos denominados "propuesta de regularización" (pág. 1334 y 1567 PDF), el acta de disconformidad (pág. 1646 PDF) y la resolución (pág 1823 PDF), todos ellos firmados por funcionarios públicos.

Por otra parte y a los efectos de analizar cual ha sido la intervención de la entidad **GH**, S.L. en la tramitación del procedimiento inspector resulta revelador lo dispuesto en el contrato suscrito entre aquella y el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 en fecha ... de 2014.

Señala el citado contrato, lo siguiente:

"Les parts s'obliguen a complir les obligacions derivades del contracte d'acord amb totes i cadascuna de les clàusules reguladors del contracte, i dels quals s'adjunta còpia a aquest document.

Així mateix, la millora presentada per l'empresa adjudicatària, que ha estat acceptada i valorada per a l'adjudicació d'aquest contracte, és la següent i serà d'obligat compliment:

- La tramitació de l'expedient sancionador."

Por su parte, el Pliego de prescripciones técnicas que acompaña al citado contrato (pág 1700 y ss PDF) especifica lo que sigue:

"4.1.- Tasques a realitzar:

La col·laboració amb la inspecció de l'impost sobre Activitats Econòmiques (IAE) es pot iniciar de dues maneres diferents:

- La Inspecció pot donar a la empresa contractada un expedient ja iniciat perquè es facin les comprovacions de camp pertinents. En aquest cas, la tasca de suports s'iniciarà amb la formació de l'expedient objecte de la comprovació, elaborant un índex o "check list" i classificant cronològicament tots els antecedents amb caràcter previ a la comprovació "in situ".

L'empresa contractada pot col·laborar amb la Inspecció en la identificació de fets imposables ocults. (...)

En qualsevol cas, independentment de la forma en que s'iniciï l'expedient, una vegada que l'inspector actuari hagi formalitzat la diligència de compareixença i recollit la documentació requerida, donarà tasllat de tot això al contractista que haurà de:

1. Contactar amb el representant de la persona jurídica que va aser inspeccionada per a concertar dia i hora de la visita.

2. Procedir a l'amidament del local i a desglossar la superfície total del mateix per susos, asixí com a comprovar, en el seu cas, la potència instal·lada dels elements energètics afectes a l'equip industrial de naturalesa elèctrica o mecànica.

3. Fer la comprovació ocular de totes les activitats desenvolupades, emplenar el full de comprovacions que, en funció de l'activitat inspeccionada, li serà facilitat per la Inspecció, i anotar qualsevol incidència que pugui tenir repercussió a la base imposable de l'IAE.

4. Fotografiar qualsevol espai, dependència o rètol que es consideri representatiu i, de resultar adient per la millor claredat de l'expedient, fer consultes a internet o a d'altres bases de dades, on pugui aparèixer publicitat de l'empresa inspeccionada o qualsevol referència que es consideri d'utilitat.

5. Redactar l'informe pertinent que reculli el dia de la visita, la identificació de la persona que compareix per part de la interessada i el seu càrrec dins l'empresa; l'amidament del local; el desglossament per utilitats de les diferents superfícies; la descripció de totes les activitats desenvolupades; la potència la descripció de totes les activitats desenvolupades; la potència instal·lada afecta a l'equip industrial i quantes observacions es considerin rellevants.

6. Redactar l'esborrany de proposta de regularització i retornar l'expedient a l'Inspector actuari, per a que, a la vista de l'informe tècnic, revisi, modifiqui o signi la proposta formulada.

7. Revisar les al·legacions que, en el seu cas, es formulin i redactar la proposta de contestació a les mateixes que se sotmetrà a l'actuari.

8. Redactar l'esborrany d'acta adient que contindrà la proposta de regularització tributaria que s'entregarà al actuari per la seva revisió, modificació o signatura.

9. Fixar, segons l'agenda de l'actuari, la data de signatura de l'acta i confirmació d'aquesta amb el contribuïent.

(...)"

Como se observa, de la lectura de los documentos referidos, la intervención de la entidad **GH**, S.L. no se limita a la mera asistencia técnica a la Administración sino que por el contrario la misma tramita la totalidad tanto del procedimiento administrativo (realiza las comprobaciones de los elementos tributarios, elabora las propuestas de regularización, analiza las alegaciones y elabora las actas) como del procedimiento sancionador, por lo que en contra de lo señalado por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 no es posible aceptar que la realización de los actos que integran el procedimiento administrativo han sido desarrollados por funcionarios.

Para entender que un procedimiento administrativo -como lo es el procedimiento inspector-, se ha tramitado con todas las garantías exigidas por la Ley, no basta, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia precitada, que los actos administrativos emanados del mismo (propuesta de regularización, acta o acuerdo de liquidación) hayan sido firmados por funcionarios públicos, puesto que dicha firma no puede obviar que se ha producido la tramitación de un "expediente en la sombra" por sujetos no vinculados a la Administración por una relación funcional. No es posible que la mera firma por parte de un funcionario de un documento que ha sido redactado

por una entidad privada, legitime una actuación administrativa que no se ha desarrollado por los cauces legalmente establecidos. Como señala el alto Tribunal nuestro ordenamiento jurídico exige "el monopolio de la actuación" de los funcionarios competentes en el ejercicio de las funciones que implican el ejercicio de potestades públicas por lo que los mismos no pueden ser sustituidos sin más por terceros ajenos a la función pública.

Por otra parte, y siguiendo la argumentación de la sentencia precitada, se ha de tener en cuenta que en el presente supuesto no puede entenderse que la actuación de la entidad privada contratada por el Ayuntamiento sea una prestación de servicios puntual y accesoria sino que por el contrario supone una clara intervención en la actividad administrativa puesto que actúa de forma regular y permanente en el procedimiento desde su inicio hasta la práctica resolución del mismo.

En definitiva y sobre la base de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 14 de septiembre de 2020, procede estimar las pretensiones de la interesada por considerar que la actuación de la entidad **GH**, S.L. supuso el ejercicio de funciones reservadas por la ley a los funcionarios públicos.

En consecuencia y dado que las citadas actuaciones constituyeron la base de las modificaciones censales acordadas por Ayuntamiento procede la anulación del acto administrativo impugnado.

Finalmente, considera este Tribunal apropiado reproducir lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su reciente sentencia de ... de 2023, rec. .../2023 en la siguiendo el criterio del Tribunal Supremo manifiesta lo que sigue:

"TERCERO. DECISIÓN DE LA SALA

Alega la apelante la infracción del art. 142 de la LGT y de los artículos 85 y 92.3 de la ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las bases del régimen local. Insiste que la entidad privada "... SL" estaba facultada para realizar funciones más amplias que las de mera colaboración con la Inspección y prueba de ello es el contenido del pliego de cláusulas técnicas (PCT) adjuntado al contrato suscrito de Servicios de colaboración en la gestión de la inspección de ingresos municipales. Señala que el personal de dicha empresa privada, visitaba las tiendas de la apelante y tras requerir la presencia del representante de las mismas, suscribían un acta donde reflejaban el motivo de la visita, la relación con el procedimiento seguido por la Administración, la medición y comprobación de la actividad practicada en la tienda así como demás datos e información que pudieran servir de base al posterior procedimiento inspector.

Frente a ello, el Ayuntamiento de ... señala que en el pliego de condiciones técnicas (PCT) se regulan las actuaciones a realizar por parte de la entidad ... y se establece expresamente que quedan excluidas las funciones que impliquen ejercicio de autoridad las cuales serán ejecutadas por funcionario público. Defiende que dichas funciones (relacionadas en el PTC) son funciones de auxilio dirigidas a la recopilación de información expresamente solicitada por el inspector actuario (la entidad ... no decide que actuaciones llevar a cabo) para, posteriormente, ponerlas a su disposición a fin de que el mismo pueda emitir una valoración y proponer la regularización que corresponda. Refiere que la actuación llevada a cabo por la entidad ... visitando el local de la apelante ha consistido, básicamente, en medir la superficie del mismo y realizar fotografías varias pero dicha visita ha sido realizada bajo la dirección del inspector actuario NUM... del Instituto Municipal de Hacienda. La entidad ... se limita a trasladar la información recabada de las visitas al inspector encargado sin hacer valoraciones al respecto. Por tanto, los actos impugnados (liquidaciones tributarias y sanciones correspondientes) han sido dictados por el inspector actuario, esto es, por funcionario competente.

Sin embargo, si observamos el PCT que regula el contrato de colaboración entre la entidad privada y el Ayuntamiento advertimos diversos preceptos que indican que dicha entidad a través de su personal excede de las funciones autorizadas para ser prestadas por organismos que no forman parte de la Administración tributaria. Concretamente, los que dicen: "Hacer las comprobaciones oculares de todas las actividades desarrolladas, rellenar la hoja de comprobación que, en función de la actividad inspeccionada, le será facilitada por la Inspección y anotar cualquier incidencia que pueda tener repercusión en la base imponible del IAE". También la relativa a: "Revisar las alegaciones que, en su caso, se formulen y redactar la propuesta de contestación a las mismas que después se someterá al actuario".

En base a ello, no parece que el contrato de colaboración se reduzca a tareas de apoyo, ejecución o asistencia técnica, esto es, a tareas de carácter meramente administrativas como pretende defender el Ayuntamiento. La contratación de dicha entidad privada parece responder a un servicio de colaboración integral y activa en los procedimientos de inspección con la atribución de funciones que extralimitan las competencias que pueden atribuirse a una empresa privada en materia de inspección.

La facultad de delegar funciones de colaboración en la tramitación de expedientes de comprobación tributaria está expresamente prevista en el art. 169.2 del RD 1065/2007 de 27 de julio por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria: "Las actuaciones preparatorias y las de comprobación o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria podrán encomendarse al personal al servicio de la Administración tributaria que no tenga la condición de funcionario". Por tanto y con arreglo a dicho precepto, la realización de actuaciones preparatorias o de comprobación de datos ha de hacerse en caso de delegación por el personal al servicio de la Administración, cosa que no sucede en el presente

supuesto pues los empleados de la entidad privada no constituyen personal del servicio de la Administración que actúan al servicio de la misma. No puede atribuirse dichas funciones a empresas o agentes externos a la Administración tributaria pues los datos e información recogidos que conforman las actas levantadas (revestidas de presunción) sirven de base en el posterior procedimiento inspector.

Ello justifica la estimación del recurso de apelación sin necesidad de entrar a conocer los restantes motivos de impugnación, la revocación de la sentencia de instancia por no ser ajustada a derecho y, consiguientemente, la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto en su momento con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento judicial."

En definitiva y por lo expuesto procede anular la modificación censal acordada por el Ayuntamiento de MUNICIPIO_1 sin necesidad de entrar a resolver el resto de las alegaciones efectuadas.

Por lo expuesto,
Este Tribunal Económico-Administrativo

ACUERDA

ESTIMAR el presente recurso.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Función Pública.