

Documentación Administrativa, número 14, junio de 2025
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 18-05-2025
 Modificado: 17-06-2025
 Aceptado: 18-06-2025
 Publicado: 30-07-2025
 ISSN: 1989-8983 – DOI: <https://doi.org/10.24965/da.11541>
 Páginas: 44-69



Referencia: Gamero-Casado, E. (2025). Ejercicio de potestades administrativas y relaciones de puestos de trabajo en el empleo público (RPTs). *Documentación Administrativa*, 14, 44-69. <https://doi.org/10.24965/da.11541>

Ejercicio de potestades administrativas y relaciones de puestos de trabajo en el empleo público (RPTs)

Exercise of Public Power and Job Descriptions of Civil Servants

Gamero-Casado, Eduardo

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Departamento de Derecho Público (España – Spain)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6734-8672>

gamero@upo.es

NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Consejero Académico de la firma Montero Aramburu & Gómez-Villares Atencia. Académico correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España y de la Real Academia San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras de Jerez. Autor de nueve monografías y director o coordinador de otras quince, publicadas en reputadas editoriales jurídicas; autor de más de un centenar de artículos de revista y capítulos de libro, en los más variados campos del Derecho administrativo. Premio Blas Infante de investigación en Administración Pública. Premio de investigación de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia. Premio a la Excelencia Docente (mejor profesor de la Facultad de Derecho). Ha sido secretario general de la Universidad de Huelva y Defensor Universitario en esa universidad y en la UPO. Investigador principal de varios proyectos del Plan Nacional de IDI y del Plan Andaluz de I+D+i, actualmente es co-IP del proyecto de Generación de Conocimiento «La potestad reglamentaria. Concepto y régimen jurídico de los reglamentos» del Programa Estatal de Investigación Científico y Técnica.

RESUMEN

Objetivos: analizar la manera en que las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) deben diferenciar entre las clases de personal según se ejerzan o no potestades administrativas. **Metodología:** revisión de la literatura científica y de la profusa jurisprudencia del Tribunal Supremo, intentando encontrar una solución que encaje en la legislación vigente. En particular, se analizan dos recientes sentencias que anulan RPTs: por haber externalizado su elaboración, y por haber atribuido potestades administrativas a personal laboral. **Resultados:** se evidencia una jurisprudencia vacilante, que maneja diferentes conceptos del término «potestad administrativa». **Conclusiones:** el concepto de potestad administrativa ha evolucionado a lo largo del siglo XXI. Las normas acogen diferentes conceptos de potestad administrativa conforme a esta evolución. Este trabajo ofrece una solución armónica y ajustada al alcance actual del concepto y a la legislación vigente.

PALABRAS CLAVE

Clases de personal; potestad administrativa; funcionarios públicos; reserva de funciones; RPT.

ABSTRACT

Objectives: Analyze how job descriptions (RPTs) should differentiate between categories of staff depending on whether –or not– they exercise administrative powers. **Methodology:** Review of scientific literature and copious case law from the Supreme Court, seeking to find a solution that fits within current legislation. In particular, two recent rulings that annul RPTs are analyzed: for outsourcing their preparation and for

attributing public powers to labour employees. **Results:** There is evidence of inconsistent case law, which deals with different concepts of the term «public power». **Conclusions:** The concept of public power has evolved throughout the 21st century. Regulations reflect different concepts of public power in line with this evolution. This paper offers a harmonious solution that is in line with the current scope of the concept and the legislation in force.

KEYWORDS

Classes of public employees; public power; civil servants; job descriptions.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. EL MARCO NORMATIVO. 2. PREMISA: EL CONCEPTO DE POTESTAD ADMINISTRATIVA COMO PODER UNILATERAL ATRIBUIDO CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL Y SUJETO A LA LEY Y A CONTROL JUDICIAL. 3. EL ART. 9.2 TREBEP Y LA RESERVA DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 3.1. INTERPRETACIÓN DEL ART. 9.2 TREBEP CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 3.2. LA ACOGIDA EXPRESA DE DICHA INTERPRETACIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y EN EL PROYECTO DE LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. 3.3. LA VACILANTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON EL ART. 9.2 TREBEP. EN PARTICULAR: ¿QUÉ SON ACTIVIDADES TÉCNICAS DE APOYO O AUXILIARES, ESPECIALMENTE EN LA INSTRUCCIÓN DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS? 4. ANULACIÓN DE RPT POR ASIGNACIÓN DE POTESTADES A PERSONAL LABORAL. 5. LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ELABORACIÓN DEL BORRADOR DE RPT: ¿ES EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS? ALCANCE DE LAS FUNCIONES AUXILIARES AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. 6. SÍNTESIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES RESPECTO A LA EXTERNALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS AL SECTOR PRIVADO O SU EJERCICIO POR ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO DEL SECTOR PÚBLICO. EL CONTROVERTIDO ALCANCE DE LAS FUNCIONES AUXILIARES AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS. FINANCIACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN. EL MARCO NORMATIVO

Es indudable la importancia del concepto de potestad administrativa en nuestro Derecho, al tratarse de una *categoría jurídica*, esto es, de un concepto *clasificatorio*: una vez delimitado el concepto de potestad administrativa, se produce una aplicación binaria –un determinado poder jurídico es una potestad administrativa o no lo es–, que conduce a consecuencias: lo que sea potestad administrativa se sujetará a un determinado régimen jurídico, en tanto lo que no lo sea se regirá por otra ordenación diferente¹. Ahora bien, se trata de un concepto que carece de definición legal, a lo que se añade que el término no goza de acepción unívoca en nuestro Derecho, siendo utilizado por diversos preceptos normativos con diferentes cargas semánticas, y manejando también la jurisprudencia nociones diferentes cuando alude a esta expresión. La confluencia de todas estas circunstancias, y en especial la aplicación binaria de un concepto que sin embargo carece de contornos nítidos y unívocos, genera confusión y una indudable inseguridad jurídica.

En este trabajo analizamos la utilización de esta categoría jurídica para determinar la validez –cabría decir la invalidez– de actuaciones relacionadas con las relaciones de puestos de trabajo (en lo sucesivo, RPTs). En los últimos meses han recaído sentencias cuyas consecuencias alcanzan un gran impacto en la operativa diaria de las Administraciones públicas, y el principal fundamento jurídico utilizado en estos asuntos ha sido precisamente el hallarnos ante el ejercicio de potestades administrativas. Un elemento central en el análisis es el art. 9.2 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 (en adelante, TREBEP), en cuya virtud,

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.

¹ Sobre los conceptos clasificatorios y su condición de categoría jurídica, *vid.* Díez Sastre (2018, pp. 118 y ss.).

En la misma línea hemos de citar el art. 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), muy relevante para el análisis de la jurisprudencia más reciente que abordaremos en los últimos apartados de este trabajo, que dispone:

Artículo 92. Funcionarios al servicio de la Administración local.

1. Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18.^a de la Constitución.

2. Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

3. 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.

En contraposición, por lo que se refiere a los puestos que pueden ser cubiertos por personal laboral, es relevante art. 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que no es básico (más adelante citaremos los preceptos que regulan esta cuestión en la legislación autonómica), y establece los puestos que se pueden asignar a personal laboral en las RPTs de la Administración del Estado, del siguiente modo:

c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- Los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;
- los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, portejo y otros análogos;
- los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;
- los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y
- los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.
- Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

Por otra parte, no se puede desconocer el impacto que representa en relación con el concepto de potestad administrativa la aprobación de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (LPAC), y 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP). Los arts. 2.2 b) de ambas leyes, que declaran sujetas a su ámbito de aplicación «Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas», añadiendo concretamente la LRJSP que tales entidades se encuentran sujetas «en particular a los principios previstos en el art. 3» de la propia Ley. Se trata, por tanto, de unos preceptos que admiten con naturalidad el ejercicio de potestades administrativas por estas entidades, a pesar de que no dispongan en su plantilla de funcionarios. No obstante, tales previsiones se deben complementar con lo dispuesto en el art. 113 LRJSP en relación con las sociedades mercantiles *estatales*, que «En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública,

sin perjuicio de que *excepcionalmente* la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas» (la cursiva es nuestra); y con lo establecido en el art. 128.2 párr. 2.º de la misma Ley en relación con las fundaciones del sector público *estatal*, que «no podrán ejercer potestades públicas».

Antes de entrar en materia conviene resaltar un hecho poco *verbalizado* hasta hoy: la configuración actual del recurso de casación contencioso administrativo ha modificado *de facto* el Título Preliminar del Código civil, pues a diferencia de lo que proclama su art. 1.6, ya no se requiere de jurisprudencia *reiterada* para que las sentencias del Tribunal supremo tengan valor de fuente del Derecho. En efecto, el vigente régimen jurídico del recurso, construido alrededor del interés casacional objetivo, supone, de hecho, que todos y cada uno de los pronunciamientos tenga por sí mismo una función nomofiláctica, que debe ser tomada en consideración *ex nunc* por el resto de operadores jurídicos –en particular, por los órganos judiciales–, por más que el propio Tribunal Supremo reconozca que, una vez establecida una doctrina previa la declaración de su interés casacional objetivo, quepa acudir de nuevo a sus instancias para «cuando se aprecie la necesidad de clarificarla, matizarla, precisarla, reforzarla o incluso reconsiderarla si se aportan argumentos sólidos para ello»².

Por ello, cada una de las sentencias del Tribunal Supremo que vamos a considerar en este trabajo son extraordinariamente relevantes. Pero, a mi juicio, no se las puede dejar de contextualizar con otras muchas que vienen recayendo en los últimos años utilizando la categoría de potestad administrativa con su función o aplicación binaria. Son pronunciamientos de diferentes Secciones de la Sala Tercera, y aunque parecieran discordantes, considero posible interpretarlos de manera armónica, como intentaré exponer especialmente en el § 4.3 del trabajo, sintetizando los criterios que viene manejando el Tribunal Supremo para determinar cuándo es posible externalizar el ejercicio de una potestad administrativa, o cuándo pueden ejercerla entidades del sector público con personalidad de Derecho privado o personal laboral.

2. PREMISA: EL CONCEPTO DE POTESTAD ADMINISTRATIVA COMO PODER UNILATERAL ATRIBUIDO CONFORME AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL Y SUJETO A LA LEY Y A CONTROL JUDICIAL

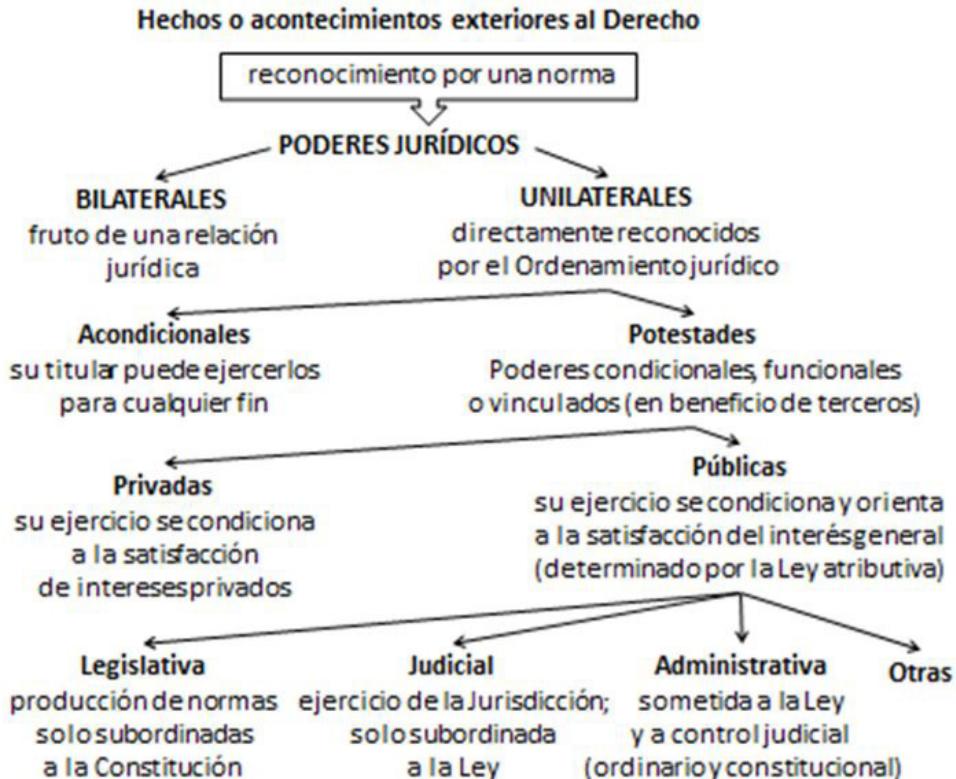
Como hemos apuntado en la Introducción, la potestad administrativa es un concepto que no aparece expresamente definido en ninguna disposición normativa, forzando al intérprete a inferirlo del conjunto de piezas que ofrece el Ordenamiento jurídico³. En una obra colectiva reciente se ha desplegado un considerable esfuerzo para intentar ofrecer un concepto coherente de potestad administrativa, integrando una gran variedad de materiales (preceptos legales, jurisprudencia, doctrina), desde diferentes ángulos y perspectivas: análisis de ámbitos sectoriales; inducción de una teoría general; entrecruzamiento de sujetos –Administraciones territoriales, entidades instrumentales– y funciones –según supongan o no ejercicio de autoridad–; etc. Aquí resulta imposible trasvasar todo ese despliegue argumental, centrándonos en resumir su esencia y remitiendo a esa obra –accesible en abierto– para ampliar tanto la argumentación como sus fuentes (véase Gamero Casado, 2021, *passim*; también, Gamero Casado, 2023, pp. 47-93).

En nuestra tradición jurídica parece arraigada la idea de que la potestad administrativa es estrictamente un poder coercitivo, desfavorable, de *imperium*: sanciones, expropiaciones, órdenes de policía administrativa... Sin embargo, tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia más reciente –se observa una evolución en sus postulados tradicionales– evidencian que cada vez se abre paso con mayor solidez un concepto de potestad administrativa más amplio y omnicomprensivo, que abarca manifestaciones de carácter favorable –como las subvenciones, la adjudicación de contratos o incluso el gasto público en su conjunto– a las que no se apareja la nota de la ejecutoriedad, aunque sí la de unilateralidad (y su correlato de ejecutividad). Sintetizo a continuación un trabajo –al que remito (véase Gamero Casado, 2021, pp. 50 y ss.)–, en el que se llega a la individualización de la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos conforme a la delimitación que resulta de la siguiente figura:

² Véanse, p. ej. AATS 17/01/2020, rec. 529/2019; 21/02/2020, rec. 7176/2019; 02/03/2023, rec. 84/2023; y 08/02/2023, rec. 6/2023, entre otros.

³ Vd. Fernández Farreres (2018, pp. 86 y ss.), quien insiste especialmente en la confusión que plantea el empleo del término potestad administrativa por las dos razones ya expuestas, con profusión de ejemplos. En similar sentido, Martín Rebollo (2015, p. 17); y Sánchez Morón (2015, p. 23).

FIGURA 1. DELIMITACIÓN DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA



Fuente: elaboración propia.

Conforme a esa acotación, cabe definir la *potestad administrativa* como un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional). En esta definición hay tres elementos de carácter diferenciador, cuya suma o adición permite individualizar a la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos: *i) Su vinculación a la satisfacción del interés general* –carácter funcional–, *ii) Su articulación mediante el principio de legalidad* –carácter unilateral– con pleno sometimiento a la ley, y *iii) Su sujeción a control jurisdiccional* (judicial y constitucional). Estos rasgos diferencian la potestad administrativa de cualquier otro poder jurídico y le otorgan consistencia técnica tanto frente al resto de potestades públicas, como de las potestades privadas.

Pero existen, además, otros rasgos de carácter *identitario*, en cuanto que atributos o componentes necesarios de la potestad administrativa –intensión del concepto–, que son por tanto elementos indisociables de este poder jurídico, y han de analizarse indisolublemente unidos a su contexto, aunque no resulten estrictamente precisos para diferenciar la potestad administrativa de otros poderes jurídicos⁴. Tomando en consideración tanto sus rasgos diferenciadores como identitarios, las potestades administrativas se caracterizan por las siguientes notas:

- Las potestades administrativas son *reconocidas directamente por el Ordenamiento jurídico* conforme al principio de legalidad –arts. 9.3 y 103.1 CE–. Son las normas las que establecen y atribuyen las

⁴ Seguramente, el compendio mejor sintetizado de los rasgos de la potestad administrativa reside en este párrafo de García de Enterría: «Las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitárla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas»; Cfr. García de Enterría y Fernández Rodríguez (2017, p. 488).

potestades administrativas, conforme al principio de legalidad, determinando su alcance y modo de ejercicio. No son fruto de un contrato, pacto o acuerdo de la Administración con otro sujeto, si bien, este tipo de instrumentos jurídicos puede ser la llave que determine la consiguiente aplicación de potestades administrativas por ministerio de la ley: así, la firma de un contrato administrativo permite ejercer sobre el contratista las potestades de dirección, interpretación unilateral, etc., establecidas en la legislación de contratos.

- b) Las potestades administrativas son *unilaterales*, esto es, se ejercen sin necesidad de que el destinatario de su actuación esté de acuerdo con ello. A veces, los ciudadanos tienen que dirigir solicitudes o peticiones a la Administración para ejercer un derecho –por ejemplo, para instalar una industria–, pero la Administración les reconoce o les deniega el ejercicio de ese derecho unilateralmente, según cumplan o no los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico.
- c) Es muy importante resaltar que el carácter unilateral de la potestad determina que sus actos de aplicación gocen de la nota de la *ejecutividad*, pero –a pesar de una amplia opinión subyacente en sentido contrario–, no es una nota consustancial o intrínseca a toda potestad administrativa la *ejecutoriedad* o susceptibilidad de ejecución de oficio de sus actos de aplicación, esto es, la capacidad de que la Administración ejecute el acto –por ejemplo, embargando una cuenta corriente– cuando no lo hace la persona obligada. En efecto, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 22/1984), la ejecutoriedad es una potestad administrativa específica, que debe reconocerse concretamente, y no un rasgo consustancial a todo acto administrativo. Esta puntuación es muy relevante para el tema que nos ocupa, pues pone de manifiesto que no todas las potestades administrativas suponen, de suyo, el ejercicio de autoridad, aspecto que es crucial para determinar las funciones reservadas a los funcionarios públicos.

Por otra parte, algunas actuaciones que suponen el ejercicio de potestades, como el otorgamiento de subvenciones, exigen la aceptación del particular; esa aceptación es precisa para que el beneficiario se inserte en el marco jurídico de la relación subvencional posterior (obligándose a partir de ese momento a desarrollar la actividad subvencionada, y reintegrar la subvención o exponerse a sanciones en caso de incumplimiento), pero no determina el carácter sinalagmático o bilateral de la relación jurídica subyacente: el otorgamiento de la subvención se articula mediante un acto unilateral en ejercicio de la potestad administrativa.

- d) Del ejercicio de la potestad administrativa resultan actos administrativos concretos, que *pueden dar lugar a una mejora, a un empeoramiento de la situación de los particulares, o serles indiferentes*: se les puede conceder una subvención o denegar una pensión, imponer una sanción u otorgar una licencia de apertura de un establecimiento, certificar su empadronamiento o sus calificaciones académicas, etc. En este sentido, como ya hemos comentado, potestad administrativa no es sinónimo de ejercicio de autoridad pública o de un poder desfavorable, pues las potestades administrativas pueden dar lugar a actos favorables. En particular, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica vienen proclamando desde hace años el carácter de potestad administrativa que ostentan la adjudicación de contratos, el otorgamiento de subvenciones o incluso el gasto público⁵.
- e) Las potestades administrativas son *imprescriptibles*, pueden ser ejercidas indefinidamente, mientras que su reconocimiento no desaparezca del ordenamiento jurídico. Así, puede multarse a un conductor cada vez que se salta un semáforo, mientras que esta conducta esté prohibida y sancionada por la ley.
- f) Los ciudadanos están sujetos en términos generales al ejercicio de las potestades administrativas, se encuentran en una *situación de sujeción general*, en una posición de dependencia a la actuación de la Administración.
- g) Las potestades administrativas se orientan a la *satisfacción del interés general*. Los particulares también pueden ostentar potestades, que pretenden fines privados (por ejemplo, la patria potestad); en cambio, las potestades administrativas se otorgan por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés general. Cada norma que atribuye una establece –explícita o implícitamente– cuál es el concreto interés general que debe perseguirse con su ejercicio. Cuando se ejerce la potestad para otro fin distinto se incurre en un vicio denominado *desviación de poder*.

⁵ Acerca de los contratos, Rego Blanco (2021). Sobre el tema de las subvenciones véase Toscano Gil (2021); y, asimismo, más recientemente, Toscano Gil (2023, pp. 27 y ss.); y Álvarez González (2023, pp. 55 y ss.). En cuanto al gasto público, Lasarte Álvarez (2021).

- h) Las potestades administrativas pueden ser ejercidas no sólo por la Administración en sentido estricto, sino también por otras entidades del sector público e incluso por los particulares (ejercicio privado de funciones públicas). En estos casos, el Ordenamiento jurídico ha previsto instrumentos de fiscalización, control o tutela por parte de una Administración pública a la que en ese aspecto se le puede considerar titular de la potestad (Gamero Casado, 2021, pp. 104 y ss.). Este es uno de los aspectos más problemáticos del régimen jurídico de las potestades administrativas.

Por un lado, es clásica en nuestro Derecho la figura del ejercicio privado de funciones públicas, sin que esta situación haya planteado problemas dogmáticos hasta hoy. Por otro lado, tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), como su siamesa, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), en sus respectivos arts. 2.2 b), se declaran de aplicación a las entidades del sector público cuando ejerzan potestades administrativas y, a pesar de que un sector de la doctrina rechaza que se puedan ejercer potestades administrativas por parte de entidades privadas del sector público, en la actualidad esa atribución es un hecho: basta recordar que Correos y Telégrafos S. A. tiene encomendada la entrega de notificaciones administrativas con constancia fehaciente. El principal problema es que el Ordenamiento no limita el tipo de potestades que pueden ejercer las entidades y sujetos privados, pues es rechazable que se les atribuya el ejercicio de autoridad (sanciones y otros actos de imperium). La incoherencia del Ordenamiento jurídico es total cuando se observa que el TREBEP –art. 9.2– reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas; y que el art. 113 LRJSP establezca, respecto de las sociedades mercantiles estatales, que «En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas». Estas contradicciones introducen mucha confusión, y revelan la necesidad de que el legislador dicte las disposiciones necesarias para resolver tales incoherencias.

- i) El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a *garantías del procedimiento administrativo*, de distinta intensidad según la potestad que se ejerza. Como expondremos más adelante, la jurisprudencia viene exigiendo que la tramitación *sustantiva* del procedimiento administrativo sea desempeñada por la Administración –y en su seno, por funcionarios públicos– cuando se articulan instrumentos de externalización en el ejercicio de potestades administrativas por sujetos privados.
- j) El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a *control judicial*, pudiendo ser impugnados sus actos de aplicación ante los tribunales de justicia para confirmar su adecuación a la ley y al Derecho. El orden jurisdiccional especializado en el control de las potestades administrativas es el contencioso-administrativo. Sin embargo, conviene notar que, salvo contadas excepciones, su legislación reguladora no le atribuye expresamente el control de las potestades administrativas que ejerzan las entidades privadas, tanto del sector público como del sector privado.

Con estas notas se puede describir el concepto de potestad administrativa que se maneja en este trabajo, que, aun siendo una construcción propia, no es artificiosa, sino fundamentada en el conjunto de materiales que nos ofrece el Ordenamiento jurídico. Las dos características esenciales a efectos del análisis que prosigue son: i) El hecho de que la potestad administrativa no se concibe actualmente como un poder de *imperium*, desfavorable, o restrictivo de derechos, sino que abarca linderos más amplios, integrándose también por poderes unilaterales de carácter favorable, como el otorgamiento de incentivos, ayudas y subvenciones, o la adjudicación de contratos públicos; y ii) Que resulta preciso diferenciar entre *titularidad* de la potestad administrativa –retenida por las Administraciones públicas en sentido estricto, que retienen componentes de fiscalización y tutela–, y *ejercicio* de la potestad, que puede corresponder a sujetos con personalidad de Derecho privado, como las entidades del sector público que ostentan esa forma de personificación, como los particulares, ya sea mediante el ejercicio privado de funciones públicas, ya mediante la externalización del ejercicio de la potestad en los casos en que el Ordenamiento jurídico lo permite.

Ante este escenario estamos en disposición de analizar lo que sucede con la atribución y ejercicio de las potestades administrativas en el empleo público, centrando nuestro interés en diferentes aspectos relacionados con las RPTs; si bien, para abordar la cuestión adecuadamente, hemos de ver primero la concreta acepción de potestad administrativa que subyace en el art. 9.2 TREBEP.

3. EL ART. 9.2 TREBEP Y LA RESERVA DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS A FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1. Interpretación del art. 9.2 TREBEP conforme a la jurisprudencia del TJUE

Ya hemos apuntado anteriormente que, según el art. 9.2 TEBEP, «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». El precepto delimita la reserva a los funcionarios dos acotaciones diferentes: el ejercicio de potestades públicas y la salvaguardia de los intereses generales. Aquí nos centramos en la primera de ellas.

La doctrina más autorizada ha destacado que, en términos axiológicos y teleológicos, lo que pretende el art. 9.2 TREBEP no es reservar a los funcionarios públicos *todos* los puestos que supongan ejercicio de potestades, sino las concretas funciones que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, podían quedar reservadas a los nacionales de un Estado miembro⁶.

El marco normativo de esta jurisprudencia viene determinado por el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 39 del Tratado CEE), mediante el que se asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión. A pesar de que su apdo. 5 establece que las disposiciones del artículo no son aplicables a los empleos en la Administración pública (por lo que no se verían beneficiados por la libre circulación y podrían reservarse a nacionales de cada Estado miembro), el TJUE ha dictado en su aplicación una jurisprudencia que restringe y delimita esa exclusión, y entiende que no todos los puestos de las Administraciones públicas pueden reservarse a nacionales.

La Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores* sintetiza los criterios alumbrados por el TJUE de la siguiente manera⁷:

En algunas de sus primeras sentencias, el Tribunal desarrolló su interpretación del apartado 4 del artículo 39 del Tratado CE: sólo se permite a los Estados miembros restringir puestos en la administración pública a sus nacionales si están directamente relacionados con las actividades específicas de la administración pública, es decir, *si implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado*, incluidos tanto los organismos públicos como las autoridades locales. Hay que evaluar estos criterios con un planteamiento para cada caso particular, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas y las responsabilidades que entraña el puesto. En dichas sentencias, el Tribunal consideró que no se pueden limitar a los nacionales del Estado puestos de trabajo como, por ejemplo, los de los servicios postales o ferroviarios, o como los de fontanero, jardinero, electricista, profesor, enfermero e investigador civil (la cursiva es nuestra).

El Tribunal se limita por tanto a establecer unos principios generales que deben analizarse caso por caso. En su jurisprudencia ha venido a concretar el criterio un poco más: las funciones reservadas a los nacionales (no necesariamente a funcionarios, entiéndase bien), deben traducirse en *actos de voluntad que obliguen a los particulares*, lo cual abarca dos posibles manifestaciones: i) Actos cuya obediencia se les pueda exigir; ii) Actos a los que, en el caso de no avenirse o conformarse a ellos, resulte posible forzarles a su cumplimiento⁸. En su sentencia 10/09/2014, asunto C-270/13, § 44 ss. –comprendiendo otras anteriores–, el TJUE ha puntualizado lo siguiente (las cursivas son nuestras):

⁶ Así lo ha manifestado el redactor del texto originario (el EBEP de 2007); véase Sánchez Morón (2017, p. 69). En idénticos términos se expresa el autor en la obra dirigida por él mismo, Sánchez Morón (2008, pp. 91 y ss.). El Informe de la Comisión que preparó los trabajos del EBEP corrobora esta versión: véase *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, p. 52. La doctrina académica comparte unánimemente esta interpretación, así, Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2017, p. 163); del segundo, véase también Fuentetaja Pastor (2013, pp. 294 y ss.); Cantero Martínez (2013, p. 91); Jordano Fraga (2015, p. 1); Larios Risco (2009, p. 104); López Gómez (2009, p. 51), Fernández-Miranda (2008, p. 17); Quesada Lumbreras (2011, p. 160); Carretero Espinosa de los Monteros (2011, p. 9); Montilla Pérez. (2021, pp. 16 y ss.).

⁷ Véase Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores-La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades*, COM(2002) 694 final, de 11 de febrero. En el documento (p. 20) cita los siguientes asuntos como fuente de su síntesis: Asunto 152/73, *Sotgiu*, rec. 1974, p. 87; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica I*, rec. 1980, p. 1291; asunto 149/79, *Comisión/Bélgica II*, rec. 1982, p. 549; asunto 307/84, *Comisión/Francia*, rec. 1986, p. 1725; asunto 66/85, *Lawrie-Blum*, rec. 1986, p. 2121; asunto, 225/85, *Comisión/Italia*, rec. 1987, p. 2625; asunto 33/88, *Allué*, rec. 1989, p. 1591; asunto C-4/91, *Bleis*, rec. 1991, p. I-5627; asunto C-473/93, *Comisión/Luxemburgo*, rec. 1996, p. I-3207; asunto C-173/94, *Comisión/Bélgica*, rec. 1996, p. I-3265; asunto C-290/94, *Comisión/Grecia*, rec. 1996, p. I-3285.

⁸ Así lo considera el TJUE en las sentencias 26/05/1982, asunto 149/79; 02/07/1996, asunto 473/1993; 30/09/2003, asunto C-47/02; 31/05/2001, asunto C-283/99; y 02/07/1996, asunto C-290/94.

el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el concepto de «Administración pública» en el sentido del artículo 45 TFUE, apartado 4, se refiere a los empleos que *implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas* y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad (véanse, en particular, las sentencias Comisión/Grecia, C-290/94, EU:C:1996:265, apartado 2, y Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, apartado 39). (...)

Por lo tanto, ha de comprobarse si las funciones atribuidas al Presidente de una Autoridad Portuaria *contienen prerrogativas de poder público y la salvaguardia de los intereses generales del Estado*, que, por consiguiente, justifiquen que estén reservadas a los nacionales italianos. (...)

57. Dichas facultades, *en la medida en que implican el ejercicio de prerrogativas de poder público*, pueden estar comprendidas dentro de la excepción a la libre circulación de trabajadores del artículo 45 TFUE, apartado 4.

Esa misma noción ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el contexto del art. 51 TFUE, que establece excepciones a la libertad de establecimiento. Así, en la STJUE 01/02/2017, as. C-395/2015, *Comisión contra Hungría*, el «ejercicio de poder público es concebido como la actividad que implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos»; puntuizando el Tribunal que se excluyen del concepto las actividades auxiliares o preparatorias respecto del ejercicio del poder público, o actividades que dejan intactas las facultades de apreciación y de decisión de las autoridades administrativas o judiciales, así como actividades que no implican el ejercicio de facultades decisorias ni de poderes de coacción o de coerción.

En particular, la paráfrasis «empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas», evoca claramente las determinaciones que el legislador español ha inoculado en los arts. 9.2 TREBEP y 92.2 y 3 LRBRL. Pero debemos puntualizar que, en el sentido que les asocia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, esta acepción viene inescindiblemente unida a la noción de *prerrogativa*, que esta doctrina jurisprudencial conecta, como ya hemos dicho, con la imposición de actos desfavorables o de gravamen que deban ser necesariamente cumplidos por los ciudadanos, y la posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso en caso de rechazo a su ejecución voluntaria (en la misma línea, Jordano Fraga, 2015, p. 11, nota 29).

El alcance del concepto de potestad administrativa en el EBEP de 2007, acorde con esta jurisprudencia del TJUE, coincidía *grosso modo* con la visión mayoritaria que todavía por entonces tenían en nuestro Derecho interno los operadores jurídicos respecto del concepto de potestad administrativa, como poder coercitivo o de *imperium*; era, por tanto, coherente con la carga semántica que por entonces solía atribuirse al precepto. Ahora bien, como hemos expuesto aquí anteriormente –y, más extensamente, en otros trabajos–, el concepto ha evolucionado por obra del Derecho positivo y de la jurisprudencia, abarcando actualmente también manifestaciones de los poderes unilaterales de carácter favorable, como el otorgamiento de ayudas y subvenciones, la adjudicación de contratos, o incluso el gasto público. La disonancia semántica entre el alcance originario –y auténtico– del art. 9.2 TREBEP, y el concepto contemporáneo de potestad administrativa, es uno de los principales motivos que vienen provocando desajustes y aparentes incoherencias en la interpretación y aplicación de este precepto por los operadores jurídicos.

Abundaría en esta interpretación la actual redacción –conferida en 2013– del art. 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local⁹:

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 ejer-

⁹ El texto del precepto, antes de su modificación –siendo el apdo. 2.º del art. 92– era el siguiente: «Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería 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».

cicio 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.

Podrían diferenciarse así dos tipos diferentes de funciones reservadas a funcionarios: las que supongan ejercicio de autoridad, que les estarán reservadas en todo caso. Pero, además, las Administraciones públicas podrían reservarles otras funciones para mejorar la objetividad, imparcialidad e independencia en su ejercicio. En este caso, sería una opción que quedaría a criterio de cada Administración pública, y que puede traducirse en la reserva de ciertas funciones a concretos cuerpos de funcionarios, creados como garantía de imparcialidad y objetividad y en los que se subsumiría la mención a «la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas»; por ejemplo, los cuerpos de letrados que asumen el asesoramiento legal preceptivo en cada Administración¹⁰. Como hemos anticipado anteriormente, la doctrina científica comparte esa doble veste de la reserva. Las dudas se plantean, por una parte, en determinar cuáles son las concretas funciones que suponen ejercicio de autoridad; y por otra, no solo en diferenciarlas de las que no lo supongan, sino incluso, si son esencialmente distintas de las que se le reserven por el segundo motivo.

3.2. La acogida expresa de dicha interpretación en la legislación autonómica y en el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado

Debido a la ambigüedad de la fórmula establecida en la legislación básica estatal, y haciendo uso de sus competencias de desarrollo normativo en la materia, algunas CC. AA. han procurado precisar el ámbito de las funciones reservadas a funcionarios públicos, en lo que debe entenderse una interpretación de las atribuciones que suponen el ejercicio prerrogativas, actos de autoridad o gravamen. Como ejemplos representativos pueden mencionarse el art. 14.2 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de función pública de Extremadura; el art. 6.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha; el art. 44.2 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco, que es más prolífico; el art. 22.2 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia; el art. 14.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de las Islas Baleares; y el Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. Ninguna de estas leyes ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional por esta redacción, y vienen siendo objeto de aplicación en sus ámbitos respectivos.

El Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado que se encuentra actualmente en tramitación¹¹ coincide sustancialmente con cuanto venimos exponiendo, e inspirándose claramente en la legislación autonómica –especialmente, la Ley andaluza–, incorpora, tras el texto clásico del art. 9.2 TREBEP, unos nuevos y decisivos párrafos que puntualizan y acotan el alcance del concepto, con la siguiente redacción:

Son funciones que implican participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales aquellas que materializan el ejercicio de autoridad en cuanto suponen la emanación de actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de incumplimiento. A los efectos previstos en el párrafo anterior se incluirán, en todo caso, las siguientes funciones, cualquiera que sea el procedimiento o ámbito en el que se desarrollen:

- a) La instrucción en todas sus fases o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.
- b) Las que correspondan al ejercicio de la autoridad, entre ellas, las funciones de regulación, inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emisión de órdenes de policía.

¹⁰ Una completa exégesis de esta paráfrasis en Montilla Pérez (2021, pp. 8 y ss.). El autor considera que el precepto alude a «determinados Cuerpos y Escalas de funcionarios, que no participando en el ejercicio de las potestades públicas, sus funciones y tareas, están dirigidas, directamente, a la tutela y protección de los intereses generales de la Administración Pública, donde quedarán incluidos, también, los intereses económicos».

¹¹ BOCG serie A, n.º 31-1, de 26 de julio de 2024.

- c) La recaudación de los ingresos públicos, su contabilidad, la gestión de los gastos y ordenación de pagos, así como el ejercicio del control interno y la fiscalización externa de la gestión económico-financiera y presupuestaria pública.
- d) La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de Administración de registros públicos, así como la fe pública.
- e) La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos.
- f) Cualesquiera otras funciones que la normativa así lo establezca.

El hecho de que se reserven a funcionarios públicos las potestades anteriormente mencionadas, no impide que su actividad se encuentre asistida por personal laboral, o por servicios externalizados, que realicen labores auxiliares y de carácter técnico o especializado, posición que es prácticamente unánime en la doctrina¹². El problema es que la legislación básica estatal no regula este punto. Ahora bien, existe una normativa propia del Estado que sí detalla la cuestión: el art. 15 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública¹³. El precepto combina en esta relación dos operaciones radicalmente distintas: aunque parezca que hace referencia exclusivamente a los *puestos* de trabajo que, digamos, en su entera dimensión profesional, no se consideran implicados en el ejercicio directo o indirecto de potestades administrativas (como los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, porteo y otros análogos, por ofrecer un ejemplo), además hace entrever que, incluso cuando se ejerzan potestades administrativas, quienes tengan asignada esa función se pueden encontrar asistidos por otras personas que realicen labores auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo, o por actividades que requieran conocimientos técnicos especializados para los que no existan funcionarios públicos cualificados.

Algunas CC. AA. también han establecido determinaciones al respecto. Por ejemplo, los arts. 6.2 párr. 2.º, y 11.3, de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha; el art. 17.4 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de las Islas Baleares; el art. 18.6 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de la función pública de Extremadura; el art. 26.3 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia¹⁴; el art. 44.3 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco; y el art. 15.4 de Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía.

3.3. La vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el art. 9.2 TREBEP. En particular: ¿qué son actividades técnicas, de apoyo o auxiliares, especialmente en la instrucción de procedimientos administrativos?

La jurisprudencia española ha manejado los arts. 9.2 TREBEP y 92.3 LRBL con alcances muy diferentes, a veces ceñidos al referente europeo y a veces no, interpretado en unos casos estos preceptos en sentido restrictivo y en otros casos de acuerdo con la literalidad de sus palabras. El problema reside en que, como la noción de *potestad administrativa* carece de una acepción unívoca en los operadores jurídicos, y

¹² Así, Sánchez Morón (2017, p. 70); Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor (2017, p. 168); Jordano Fraga (2015, pp. 18 y ss.); Cantero Martínez (2013, p. 93); y Quesada Lumbreras (2011, p. 162). Sobre la cuestión de las actividades y tareas técnicas y auxiliares, véase especialmente Berning-Prieto (2021, pp. 277 y ss.). En la opinión contraria, Recuerda Girela y Fernández Delpuech (2012, p. 83).

¹³ Que dispone: «c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: - los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; - los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; - los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; - los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; - los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo».

¹⁴ Que dispone: «Pueden ser desempeñados por personal laboral: a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios; c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística».

su carga semántica ha evolucionado en las últimas décadas, también los tribunales (o el mismo Tribunal Supremo) ha mantenido interpretaciones divergentes del concepto.

Así, en unos casos, el sentido en el que la jurisprudencia ha interpretado la expresión es el de reservar a los funcionarios las concretas funciones o potestades administrativas que supongan el ejercicio de «prerrogativas», de «autoridad» o de *imperium*, nociones que revelan preeminencia o supremacía y son más restrictivas que la más genérica de «función pública» o «potestad administrativa». Por tanto, no toda potestad administrativa quedaría reservada a los funcionarios públicos, sino tan sólo las que supongan ejercicio de autoridad.

Por ejemplo, la STS 28/10/2014, rec. 2797/2012 (relativa a la agencia andaluza AMAYA); en su f.j. 2.º, declara que las funciones públicas que se encuentran reservadas a los funcionarios son «las que implican ejercicio de autoridad»; y hace suyos los razonamientos de instancia, en los siguientes términos (la cursiva es mía):

como acabamos de señalar, la Sala de instancia describe, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transrito en el antecedente segundo de esta nuestra, las concretas facultades que al personal de la Agencia confiere la Orden en cuestión, *todas las que implican ejercicio de autoridad*, y, por consiguiente, *están reservadas, conforme al precepto invocado* (artículo 9.2 de la Ley 7/2007), *a los funcionarios públicos*, concretándolas en las siguientes: «el ejercicio de facultades de autotutela, la recuperación y de imposición de sanciones; (...) una potestad administrativa de naturaleza sancionadora o imponer cargas o prestaciones personales de carácter público».

También es pedagógica en la enunciación de ejemplos la STS 24/11/2009, rec. 4035/2005, en la que se dilucidaba la legalidad de la modificación de los Estatutos de una sociedad mercantil en mano pública (EGMASA), al entender los sindicatos recurrentes que las funciones que se le atribuían a la entidad usuraban funciones reservadas a los funcionarios; para comprender lo que decimos resulta oportuno transcribir algunos párrafos del f.j. 6.º de la sentencia, a mi juicio, muy acertada en todos sus extremos:

Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad. *Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas*: la protección y defensa del dominio público *nunca podrá implicar el ejercicio de potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público*, como tampoco, dentro de «las actuaciones necesarias», EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero *sin que gocen de presunción alguna las actas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma*. Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros (las cursivas son nuestras).

Como se ve, la sentencia hace dos acotaciones:

1.º- Sólo son potestades públicas, en el sentido del precepto examinado, las que suponen prerrogativa.

- 2.º- La reserva de tales potestades a los funcionarios no impide que personal laboral (o incluso particulares) puedan desempeñar funciones auxiliares o técnicas de apoyo; pero, en tal caso, sus «actas» o documentos de respaldo no gozarán de presunción de certeza y veracidad. Esta diferenciación entre potestad administrativa y actividades auxiliares y técnicas de soporte a su ejercicio es crucial, aunque no siempre fácil de hacer (véase, mucho más en detalle, Berning-Prieto, 2021, pp. 277 y ss.).

El resultado de esta ecuación es que el personal laboral, o un sujeto de Derecho privado (sea en mano pública o de libre mercado), pueden, por ejemplo, participar del ejercicio de la potestad sancionadora en materia de tráfico tomando fotografías de vehículos mal aparcados que luego son revisadas por un funcionario público para acordar la incoación del expediente sancionador. La jurisprudencia ha avalado este tipo de operaciones, como se desprende especialmente de la STS 24/11/2009, rec. 4035/2005. Lo corroboran también la STS 469/2023, de 12 de abril, y la de 06/10/2011, rec. 239/2009: en esta última se acudió a la contratación de servicios externos para la integración de equipos multidisciplinares de atención a menores; la sentencia, anulando la de instancia, rechaza que ello suponga vulnerar la reserva de funciones públicas, en los siguientes términos:

las Administraciones Pùblicas acuden a variadas tècnicas contractuales, mediante la pertinente colaboraciòn, para la gestiòn externa de funciones objetivamente administrativas (algunas de carácter confidencial y reservado), (...) Sobre este punto debe tenerse en cuenta que el asesoramiento tècnico prestado por los citados equipos en nada puede afectar ni al ejercicio de la funciòn jurisdiccional atribuida a los Juzgados de Menores, ni al desarrollo de las funciones encomendadas a las Fiscalías de Menores, ni, en definitiva, al ámbito material de competencias asumidas sobre este particular por la correspondiente Administraciòn autonómica.

Y resulta muy ilustrativo del orden de cosas subyacente la diferencia de criterio entre el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y el Tribunal Supremo en relaciòn con las funciones encomendadas a la empresa pùblica VAERSA. En esta cuestiòn, la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, no rechaza que se puedan encomendar a la empresa pùblica las funciones tècnicas y auxiliares necesarias para tramitar el procedimiento, si bien pone de manifiesto que, en este caso, realmente, se estaba tramitando por la empresa pùblica *el procedimiento administrativo en su integridad*, y considera que esa funciòn (la instrucciòn material del procedimiento) sì constituye el ejercicio de una potestad administrativa, que queda reservada a funcionarios pùblicos y no puede ser transferida a la empresa pùblica¹⁵. Por el contrario, la STS 04/11/2015, rec. 2782/2014, estima el recurso de casaciòn interpuesto por la Generalidad Valenciana y la propia empresa,

¹⁵ Es el caso de la STSJ Valencia 382/2014, de 6 de junio, en la que se analiza la encomienda de gestiòn a una empresa autonómica (VAERSA) la «Realizaciòn de estudios de impacto ambiental, ejecuciòn de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental en el ámbito de la Comunidad Valenciana correspondiente al bienio 2008-2009». En su f.j. 3.º, la sentencia comienza diciendo que, en principio, VAERSA puede asumir tales funciones; pero entra a analizar el modo en el que lo hace, para concluir que, en realidad, todo el expediente administrativo es tramitado por la empresa pùblica: Estas circunstancias llevan a la Sala a concluir su razonamiento de la siguiente manera (f.j. 5.º): «Así las cosas, es cierto que como sostiene el Sindicato actor, la actividad administrativa de evaluaciòn del impacto ambiental de cualquier actuaciòn o proyecto, supone el ejercicio de una potestad administrativa, que corresponde ejercitirla a la Conselleria de Medio Ambiente a travès de sus funcionarios. Y aunque ello no excluye la intervenciòn de una empresa pùblica que tiene el carácter de ente pùblico instrumental y servicio tècnico de la Administraciòn, conforme se lo atribuye el art. 102, pàrrafo segundo, de la Ley autonómica 12/2004, entre cuyos cometidos aparece: "6. La realizaciòn de estudios de impacto ambiental, ejecuciòn de los mismos y vigilancia de las medidas correctoras o del condicionado ambiental", pues siendo la Declaraciòn de Impacto Ambiental un acto de trámite cualificado, cuyo contenido es básicamente tècnico, la Administraciòn, ante la falta de suficientes recursos propios, puede acudir a VAERSA, como servicio tècnico de la Conselleria para colaborar en aquellos aspectos que no supongan el ejercicio de potestades administrativas, sin embargo, tal intervenciòn tiene un límite que no puede traspasar: el ejercicio de potestades administrativas; y así se advierte expresamente en su normativa de creaciòn. (...) en muchos de tales informes se recoge asimismo, en un apartado específico, la tramitaciòn administrativa en la que se insertan (v. gr: expedientes 4/2008, 5/2008, 194/2008, 294/2008,...), en la que consta la formulaciòn de consultas a otros órganos administrativos, la peticion de informes y su valoraciòn, la solicitud de documentaciòn y de expedientes administrativos, el sometimiento a informaciòn pùblica y la valoraciòn de alegaciones; e incluso en algùn expediente (caso del nùm. 296/2008), el Informe de VAERSA de 29/junio/08 constituye una auténtica resoluciòn administrativa, compuesta por Resultados, Considerandos y Parte dispositiva (...). Realmente, la prueba pone de manifiesto que la instrucciòn del procedimiento, en cuanto conlleva la labor de valorar la informaciòn disponible sobre el proyecto en cuestiòn y decidir –auténtica potestad administrativa– cual debe ser el contenido de la propuesta de resoluciòn, se lleva a cabo báscicamente por personal de VAERSA (...). Todo ello excede, pues, del contenido tècnico funcional atribuido a VAERSA por la normativa que la creó y supone, de facto, el ejercicio de las potestades administrativas en materia del control y decisiòn sobre la adecuaciòn medioambiental de los proyectos que les son sometidos a informe, lo que entraña igualmente una vía de hecho, a la que se debe poner inmediato fin, ordenando su cese».

observando que, a pesar de que los expedientes los tramite VAERSA, finalmente son funcionarios públicos de la Generalidad quienes los asumen y firman, por lo que corresponde a éstos su autoría y responsabilidad, de manera que no concurre ilegalidad alguna¹⁶. En definitiva, *el Tribunal Supremo reconoce que toda la instrucción de un procedimiento administrativo puede, de hecho, externalizarse, siempre que finalmente haya un funcionario público que dicte la resolución definitiva del procedimiento, asumiendo la autoría y responsabilidad de todo lo actuado.*

En otras ocasiones, la jurisprudencia no entra en tales matices, y hace gala de la interpretación extensiva del concepto de potestad administrativa que Sánchez Morón repudia en relación con este precepto, para anular la transferencia de potestades administrativas a entidades privadas del sector público.

Así, la STS 19/10/2005, rec. 6033/1999, en relación con el art. 92.3 LRBRL, considera que deben reservarse a funcionarios públicos «Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización), y en los que sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcional». Se traduciría, entonces, en la realización de todas las actuaciones *ad extra*, susceptibles de afectar a derechos e intereses legítimos de la ciudadanía. Interpretada literalmente, conduciría al absurdo de determinar que también meras actuaciones materiales o de hecho, como el mantenimiento de los jardines y vías públicas, o los servicios de limpieza, han de ser desempeñados por funcionarios. Creo que en realidad la sentencia está aludiendo a la actividad *formalizada* que se produzca *ad extra*, es decir, restringiendo las actuaciones reservadas a funcionarios al dictado de actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos de la ciudadanía; lo cual supone, en cualquier caso, una considerable expansión del ámbito del precepto, pues no se trataría solo de actos de gravamen o prerrogativa, sino también de actuaciones favorables.

Por su parte, en la STS 22/01/2013, rec. 1626/2011, el Tribunal Supremo hace suyo el razonamiento de instancia (del TSJA) para confirmar la anulación de una encomienda de gestión a una Fundación en mano pública. En su f.j. 3.^º, la sentencia lleva a cabo un cribado de las funciones que se encomiendan a la fundación, calificándolas como ejercicio de potestades administrativas (las cursivas son nuestras):

la primera es el *archivo y clasificación de documentos*. Esta 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. Otra tarea reservada a la encomienda es la consistente en «*tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen*». 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.

En fin, las labores meramente administrativas referentes a la tramitación de solicitudes comporta 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.

(...) La encomienda de dichas actividades no podrá implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas a Derecho administrativo.

Las funciones que se encomiendan implican ejercicio de potestades administrativas. No son actividades de carácter material únicamente.

Por otra parte, se han criticado agudamente las «hipócritas contradicciones» que supone que ejerza potestades administrativas el personal laboral del Banco de España y otros organismos cuyas normas de creación han renunciado al régimen funcional; así como afirmar, por un lado, que el personal laboral no

¹⁶ En el f.j. 1.^º explica esta sentencia: «lo cierto es que lo único que queda acreditado es que los informes técnicos que emiten los trabajadores técnicos de la empresa pública VAERSA, son normalmente asumidos por los funcionarios que firman la propuesta de resolución, y por los órganos competentes para éstas, y es evidente que al margen de que los trabajadores o funcionarios preparen materialmente las propuestas de resolución o las mismas resoluciones, la autoría y responsabilidad de éstos es de quienes teniendo la competencia para ello, las asumen y firman. En consecuencia, se podrá discutir si los trabajadores de VAERSA ejercen funciones laborales que no les correspondan con arreglo a su normativa reguladora, pero desde luego discrepamos de la sentencia».

puede ejercer potestades administrativas, pero consentir al mismo tiempo que las ejerzan los funcionarios interinos, cuyas garantías de inamovilidad son inferiores (Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor, 2017, p. 164). En este sentido, es asombrosa la diferencia de criterio que sobre este mismo punto sostienen el Tribunal Supremo, en su sentencia 828/2019, de 14 de junio, que rechazaba la posibilidad de que los policías locales fuesen interinos; y el Tribunal Constitucional, en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre –apenas tres meses después–, que admite plenamente que lo sean. Al comentar esta situación, Cantero Martínez (2020, pp. 146 y ss.) ha recordado que la reserva de funciones a funcionarios responde, como razón última, a la nota de la inamovilidad, que no se da en los interinos, lo que representa una importante incoherencia del sistema. Como expone la autora, si nos atenemos a este criterio, el personal interino se encuentra en una posición mucho más precaria que el personal laboral fijo. A su juicio, el problema se ha agudizado con la nueva redacción que la Ley 27/2013 confirió al art. 92.3 LRBRL, cambiando la referencia al «personal sujeto a estatuto funcional» por la mención explícita a los «funcionarios de carrera», dando lugar a la interpretación literal realizada por la STS 828/2019; por el contrario, la STC 106/2019 realiza una interpretación integradora del art. 92.3 LRBRL con el art. 9.2 TREBEP, considerando que la mención a «funcionarios de carrera» debe entenderse realizada a cualquier clase de funcionarios públicos. En aplicación de esta última, el Tribunal Supremo rectificó posteriormente su doctrina, mediante la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, permitiendo que policías locales interinos porten armas de fuego. Por su conexión con el tema que nos ocupa, también conviene reseñar la STC 178/2019, de 18 de diciembre, que declara inconstitucional la posibilidad de asignar al personal laboral tareas de «auxiliar de policía», con atribuciones que suponen el ejercicio de autoridad.

Resulta igualmente sintomática la STS 75/2019, de 29 de enero, rec. 994/2016, relativa a la modificación de los Estatutos de la agencia andaluza IDEA. La sentencia es expresiva por los razonamientos que acoge y hace suyos de la de instancia, la STSJA 1102/2016, de 24 de febrero¹⁷, en cuyos f.j. 6.^º y 7.^º se afirma lo siguiente:

Ahora bien, no basta con que los actos finales sean dictados y firmados por el Presidente de la Agencia, que en este caso correspondería al Viceconsejero u órganos directivos que tienen expresamente atribuida la potestad administrativa, pues esa toma de decisión debe ir precedida de la instrucción de un procedimiento que incumbe exclusivamente a los funcionarios. Así lo hemos afirmado en numerosas sentencias respecto a encomiendas de gestión anuladas por esta Sala y confirmadas por el Tribunal Supremo, que no se pueden llevar a cabo por personal laboral, actuaciones o funciones de dación de fe pública y gestión de registros administrativos, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica financiera y presupuestaria, de evaluación, control, autorizatorias, de vigilancia e inspección, propuestas de resolución., etc., de naturaleza indudablemente administrativa.

(...) en todo caso deberán respetarse las previsiones de Decreto y de la Ley respecto a la reserva funcional de todas aquellas funciones que impliquen directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas enumeradas en el propio Decreto artículo 2 (ejercicio de la actividad subvencionadora que comprende inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas, revisión de actos y acuerdos, fe pública y certificación de actos y acuerdos, interpretación, modificación y resolución de contratos...).

Como se ve, en este pronunciamiento se afirma que la instrucción de los procedimientos administrativos supone el ejercicio de una potestad administrativa. Ahora bien, conviene puntualizar que, en el elenco de funciones reservadas a funcionarios públicos, no se incluye la instrucción de expedientes de otorgamiento de subvenciones, sino exclusivamente la «inspección, comprobación de la realización de la actividad y del cumplimiento de la finalidad para la que se hubiese concedido la subvención, así como el reintegro de las mismas». Parece, por tanto, que, en cuanto al radio de potestades administrativas que deben reservarse a funcionarios, con arreglo a esta sentencia, en materia de subvenciones sólo estaría incluida la resolución

¹⁷ Aunque debe notarse que, ni en instancia ni en casación se anula el Decreto, al considerar que, de producirse infracción del marco constitucional y legal que reserva el ejercicio de potestades a funcionarios públicos, dicha infracción no tiene lugar en el Decreto impugnado, sino que podría producirse con ocasión de la aprobación de las RPTs de la agencia, en la medida que atribuya a empleados laborales el ejercicio de las funciones reservadas a funcionarios. La cuestión ha sido resuelta en la práctica por la Junta de Andalucía dotando a la agencia de plazas de funcionarios públicos que asumen las funciones reservadas.

de otorgamiento; en tanto que, en los procedimientos de inspección y control, de gravamen o desfavorables (los que acaban de señalarse), estaremos en presencia de prerrogativas del poder público que sólo pueden ejercerse por funcionarios, incluso en lo relativo a la instrucción de tales procedimientos. En esa línea se manifiestan tanto las legislaciones autonómicas como el Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado reseñados en el apartado anterior.

Abundando en la evolución jurisprudencial que se percibe en este punto, la STS 525/2019, de 22 de abril, confirma la dictada por el TSJA, que anula la encomienda de gestión realizada por la Consejería de Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía al Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico (agencia pública empresarial que carece de funcionarios), debido a que implica la participación en el ejercicio de autoridad y, por tanto, se encontrarían reservadas a funcionarios. El Tribunal Supremo afirma 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 ésta, por requerirlo, debe quedar fuera de las posibilidades de decisión del órgano o Entidad a cuyo favor se hace la encomienda». En el caso en examen, las tareas que se encomendaban eran funciones que implican, en relación con proyectos de protección, el desempeño o ejercicio de funciones de investigación, adecuación de planimetrías exactas, descripciones técnicas especializadas que sirvan para la catalogación de bienes patrimoniales, el diagnóstico sobre el estado de conservación de bienes patrimoniales con propuestas, en su caso, de intervención y tratamientos de conservación, el seguimiento y control de los bienes desde una plataforma tecnológica, y la participación en la protección del patrimonio mediante la elaboración de contenidos de resoluciones o mediante la elaboración de documentaciones técnicas.

En la misma línea, la posterior STS 1160/2020, de 14 de septiembre, rec. 5442/2019 (confirmada después por otra sobre el mismo asunto, la 1265/2020, de 7 de octubre, rec. 5429/2019), relativa a la externalización a una empresa pública mercantil (TRAGSATEC) de relevantes funciones en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, sostiene que la actividad de la mercantil:

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 trámite 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. (...) es lo cierto que esa intervención de los órganos competentes se hace sobre la base de propuestas, informes y dosieres que le son remitidos por el personal de la empresa pública que son los que tienen contacto directo, si no exclusivo, sobre las actuaciones, llegándose a la absurda conclusión de que para que el órgano competente 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.

Por estas razones el Tribunal concluye afirmando que se trata 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», anulando la sanción que fue objeto de recurso. Una serie de párrafos de la sentencia abundan en la idea de que *la instrucción de un procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa y, por consiguiente, se encuentra reservada a funcionarios públicos*. Así se desprende de las siguientes afirmaciones de la sentencia (todas ellas, en el f.j. 2.º):

siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad [administrativa] 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.

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.

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.

Ahora bien, la concreta doctrina de interés casacional objetivo que establece el Tribunal Supremo circunscribe su alcance material al ámbito de la potestad sancionadora, del siguiente modo (la cursiva es mía):

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.

Con todo lo confuso que esto resulta, parece abrirse paso cada vez con más contundencia en la doctrina del Tribunal Supremo la idea de que *la instrucción de cualquier procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa*, y, por consiguiente, que se encuentra reservada a funcionarios públicos. No obstante, cabe también pensar, a la vista de la doctrina finalmente calificada como de interés casacional objetivo en la sentencia anterior, que esa reserva de potestad se circunscribe a los procedimientos sancionadores, y por extensión, a los que supongan *ejercicio de autoridad en sentido estricto*, tal y como hemos comentado que constituye la interpretación auténtica del art. 9.2 TREBEP. Posición esta última que consideramos más acorde con una interpretación sistemática e integradora del Ordenamiento, a la que se adhiere el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, y que también ha asumido el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos, como en la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, ambas anteriormente citadas, y en la reciente STS 469/2023, de 12 de abril, rec. 8778/2021. En este caso se analiza la conformidad a Derecho de una encomienda de gestión realizada por el Ministerio de Fomento a su sociedad mercantil instrumental INECO. La controversia (el interés casacional objetivo):

se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en aclarar si la jurisprudencia sentada en las SSTS n.º 1160/2020, de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y n.º 1265/2020, de 7 de octubre (rec. 5429/2019) resulta de aplicación en el ámbito de procedimientos administrativos no sancionadores en cuya tramitación intervienen personas o entidades externas a la Administración; en particular y en este caso, el encargo para la tramitación del Ministerio de Fomento a una sociedad mercantil de carácter estatal (INECO).

Para abordar la cuestión el Tribunal resalta dos diferencias sustanciales entre aquellos asuntos y el que le corresponde analizar ahora: la primera, que entonces se trataba de procedimientos sancionadores, mientras que en este caso lo que se tramitan son solicitudes masivas de indemnización planteadas al amparo de una norma singular (el RDL 13/2018, de 28 de septiembre); la segunda, que en los casos de contraste el encargo era «con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que trámite el Organismo de Cuenca», mientras que en el asunto ahora enjuiciado «los encargos realizados por el Ministerio de Fomento a INECO no respondían a una colaboración habitual y continua, sino al intento de dar una solución puntual a una situación extraordinaria, (...) que no se materializó en una colaboración permanente y estable respecto de la tramitación de todos los procedimientos administrativos encomendados a esta Dirección General». Apoyándose en tales diferencias, se establece la siguiente doctrina casacional (f.j. 4.º):

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada procede señalar que, 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.

Además de las razones apuntadas, conviene resaltar el siguiente pasaje de la sentencia (f.j. 3.º), a pesar de su extensión, pues es muy elocuente del alcance de la reserva a funcionarios públicos que el Tribunal Supremo considera incluida en el art. 9.2 TREBEP (la cursiva es nuestra):

La nulidad de lo actuado tampoco puede fundarse en la no intervención de funcionarios públicos de carrera, aduciendo que solo a estos les corresponde el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas (art. 9.2 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). 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 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.*

Pero es que además, la Dirección General del Ministerio de Fomento se reservó el control de las labores de tramitación encomendadas a INECO y lo que es más relevante la firma de las resoluciones administrativas que resolvían las solicitudes presentadas. De modo que, *si bien es cierto que la tramitación y la redacción de las propuestas de resolución se llevó a cabo por personal de la sociedad estatal, la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley le encomendó.*

Las afirmaciones categóricas de este pasaje contrastan con los sutiles matices de la doctrina finalmente establecida en interés casacional objetivo. Ello nos impide rematar este apartado de manera concluyente. Pero sí permite vislumbrar que el Tribunal Supremo diferencia claramente entre clases distintas de potestades, así como que la arquitectura contemporánea del sector público «necesariamente conlleva la intervención de personal no funcional en la tramitación de los expedientes»; y retoma aquí la doctrina expuesta en su sentencia STS 24/11/2009, rec. 4035/2005 (también relativa a INECO), en el sentido de que «la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley les encomendó». Todo ello es revelador en orden a interpretar el art. 9.2 TREBEP y la manera en que pudo desarrollarse por las Administraciones públicas en el marco de su potestad de autoorganización.

Con todo, se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo una interpretación restrictiva de la excepcionalidad con la que se tolera el ejercicio de potestades por sociedades mercantiles, incluso las que provocan efectos favorables y no suponen ejercicio de autoridad. El caso de la STS 469/2023, de 12 de abril, sobre la mercantil INECO, es sintomático. No parece que tales restricciones jueguen cuando es la Ley la que atribuye potestades, como sucede con Correos y Telégrafos en la disposición adicional 1.ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; o con los ejemplos ya referidos de empleados laborales del Banco de España.

Es más, según han mostrado Toscano y Álvarez en sus recientes aportaciones en la materia, son muy frecuentes los ejemplos de encargos a mercantiles del sector público en relación con procedimientos de otorgamiento de subvenciones (véanse Toscano Gil, 2023, pp. 27 y ss.; y Álvarez González, 2023, pp. 55 y ss.). Y no debería ser causa de anatema cuando en nuestro ordenamiento son muy frecuentes los casos de ejercicio de potestades por sujetos privados. No se alcanza a ver por qué un particular puede ejercer potestades administrativas, pero una entidad privada del sector público no.

Como hemos podido observar a lo largo de este apartado, un aspecto clave en toda la cuestión es determinar hasta dónde llega el perímetro de las tareas o labores técnicas y auxiliares, especialmente cuando se trata de la instrucción de procedimientos administrativos. Pues en unos casos la jurisprudencia admite que se externalice prácticamente todo como función auxiliar siempre que finalmente la decisión sustantiva se adopte en la órbita funcional, mientras que en otros casos, cuando esta última fase es puramente formal, desplegando su actividad el funcionario público sin entrar a analizar el fondo de la cuestión, sino limitándose a validar las propuestas que se someten a su consideración, el Tribunal supremo considera que no se ha respetado la reserva efectiva del ejercicio de potestades a los funcionarios y anula las actuaciones correspondientes. Precisar adecuadamente el alcance de lo que es auxiliar y lo que no resulta, por tanto, crucial para poder

desenvolverse en el entorno de las potestades administrativas con un mínimo de seguridad jurídica. Una de las sentencias que comentamos seguidamente tiene, precisamente, este tema como cuestión central.

4. ANULACIÓN DE RPT POR ASIGNACIÓN DE POTESTADES A PERSONAL LABORAL

La Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCAT) ha dictado recientemente la sentencia 4635/2024, de 23 de diciembre rec.1068/2024 (ECLI:ES:TSJCAT:2024:10018), importantísima en relación con la manera en que las relaciones de puestos de trabajo (RPTs) deben reflejar la clasificación de los puestos, evitando que los empleados laborales puedan asumir funciones reservadas a los funcionarios según los arts. 9.2 TREBEP y 92.2 LRBRL, anteriormente citados. Este pronunciamiento, que comparto en todos sus extremos, anula la RPT, entre otros motivos, por permitir que un elevado número de puestos de trabajo sean ocupados indistintamente por funcionarios públicos y por empleados laborales, lo cual, a juicio de la Sala (f.j.5, in fine): «configura un marco jurídico de concurrencia que redunda objetivamente en perjuicio del personal funcionario, condición de la parte recurrente, y que por ende vulnera el Derecho de acceso al cargo en condiciones de igualdad de conformidad con los art. 14 CE, en relación con el art. 23.2 CE».

La sentencia es tan elocuente que, para describir el asunto, así como los razonamientos jurídicos determinantes del fallo, es incluso preferible reproducir su literalidad pues, por más que sea extensa, resulta muy expresiva. La cuestión litigiosa se delimita en el f.j.1 del siguiente modo:

Se interpone el presente recurso contra la Sentencia 57/2024, de 15 de febrero dictada por el Juzgado contencioso administrativo número 10 de Barcelona en los autos de procedimiento especial de protección de derechos fundamentales 152/2020 3 seguidos contra el acuerdo del pleno del ayuntamiento de Santa Perpetua de la Mogoda de 21 de diciembre de 2022 relativo a la aprobación de la relación de puestos de trabajo (RPT), publicado definitivamente en el BOP de 17 de marzo de 2023, acordando la dicha sentencia «Estimar el recurso contencioso administrativo de protección de Derechos Fundamentales número 152/2023-J interpuesto por Milagros, y anular el acto administrativo impugnado por no ser ajustado a Derecho por vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE y de acceso en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas del artículo 23.2 CE».

Para encuadrar el objeto litigioso es también relevante citar el primer inciso del f.j.3, que recoge lo siguiente:

Consta que, a lo largo de 2022, el Ayuntamiento de Santa Perpetua de la Mogoda, encargó y que posteriormente aprobó un estudio de valoración general de todos los puestos de trabajo de la organización. Este estudio incluía una nueva definición funcional, con traslado a las correspondientes fichas de los puestos de trabajo, determinándose conforme a la descripción contenida en dichas fichas, los requisitos de acceso tanto en relación para el personal funcionario como el personal laboral, así como los complementos de destino. Fruto de este estudio, por acuerdo del pleno del Ayuntamiento, en fecha 21 de diciembre de 2022, se dio lugar a la aprobación de la RPT para 2023, publicado en el BOP en fecha 5 de enero de 2023 (...). Es objeto de impugnación esta RPT por entender que vulnera los DDFF de la actora, y en concreto el art. 14 CE en relación al art. 23.2 CE.

Aunque en el asunto se abordan también otros temas diferentes que conducen igualmente al pronunciamiento final, la cuestión de la RPT y la potencial asignación a empleados laborales de funciones reservadas a funcionarios por los arts. 9.2 TREBEP y 92 LRBRL se abordan en el f.j.5, del que extraemos estos elocuentes pasajes (las cursivas son nuestras):

La RPT de un Ayuntamiento no puede prever puestos que puedan ser cubiertos indistintamente por personal funcionario o laboral atendiendo a lo específicamente previsto en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El artículo 27 del EBEP [sic] establece que los puestos de trabajo que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas deben ser ocupados exclusivamente por personal funcionario. Esto implica que los puestos que están relacionados con el ejercicio de funciones que afectan a los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas no pueden ser desempeñados por personal laboral, que se rige por un régimen distinto y no tiene la condición de funcio-

nario. En este sentido, el artículo 27.1 del EBEP [sic] menciona que «Con carácter general, los puestos serán ocupados por personal funcionario». Asimismo, el artículo 90 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que corresponde a cada Corporación local la aprobación de la plantilla, que debe incluir todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual. Esto implica que *la relación de puestos de trabajo debe estar claramente diferenciada y organizada, de acuerdo con la normativa básica sobre función pública, donde se definen los puestos que pueden ser ocupados por funcionarios y aquellos que pueden ser ocupados por personal laboral*.

(...) la normativa establece un marco claro y jerárquico que impide la indiscriminada cobertura de puestos de trabajo por ambos tipos de personal, *con el fin de garantizar la adecuada separación de funciones y el respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. En el supuesto de Autos, la RPT impugnada recoge la previsión de posible cobertura de puestos de trabajo indistintamente por personal funcionario o personal laboral*.

(...) los puestos a los que se está haciendo referencia, y que son objeto de impugnación, no son relativos a profesiones, ni oficios especializados, y a necesidades duales, o periódicas o discontinuas, ni auxiliares o de apoyo, sino a puestos como los de jefes de área del ámbito de la administración general. Por tanto, se trata de puestos cuyas funciones propias consustanciales o inherentes, son propias de personal funcionario. Evidencia de dicha desviación en el sistema de provisión es el análisis probatorio efectuado por el juzgador en la instancia, (...) existen otros 143 [puestos] que pueden ser ocupados de manera indistinta por personal laboral y por personal funcionario. Lo que comporta que un 60% de los puestos de trabajo del ayuntamiento pueden ser ocupados por personal laboral, lo que contradice abiertamente el antes citado artículo 92.2 de la LBRL.

(...) la previsión del doble régimen jurídico de provisión, configura un marco jurídico de concurrencia que redunda objetivamente en perjuicio del personal funcionario, condición de la parte recurrente, y que *por ende vulnera el Derecho de acceso al cargo en condiciones de igualdad de conformidad con los art 14 CE, en relación con el art 23.2 CE*.

Los puntos centrales a resaltar de esta relevante y acertada sentencia son los siguientes:

1. Las RPTs tienen que diferenciar necesariamente los puestos a cubrir por funcionarios y por empleados laborales, sin que puedan describirse puestos indistintos.
2. Los puestos que pueden ser ocupados por empleados laborales son los relativos a: (i) profesiones u oficios especializados; (ii) necesidades duales, o periódicas o discontinuas; y (iii) tareas auxiliares o de apoyo. Aunque no lo menciona expresamente, esta acotación de la sentencia está aludiendo al art. 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que citamos en la introducción a este trabajo.
3. No diferenciar entre unos y otros puestos constituye un vicio de nulidad radical, por vulneración del contenido esencial de dos derechos fundamentales: el derecho a la igualdad en el acceso al cargo y funciones públicas (art. 14 CE, en conexión con el art. 23.2 CE).

Siendo claro el razonamiento que conduce a las dos primeras conclusiones, resulta más opaco el de la tercera. Parece subyacer en la sentencia la idea de que el acceso a plazas de funcionario es más riguroso que el de plazas de empleo laboral, por lo que asignar en la RPT los puestos indistintamente a unos y otros vulneraría el principio de mérito y capacidad en la medida que permite a empleados laborales ocupar los mismos puestos que los funcionarios, a quienes les ha supuesto mayor esfuerzo obtener la plaza. No obstante, esto es una mera especulación; habría gustado mayor desarrollo de la fundamentación en este punto. Es el único aspecto que considero mejorable en esta sentencia.

5. LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ELABORACIÓN DEL BORRADOR DE RPT: ¿ES EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS? ALCANCE DE LAS FUNCIONES AUXILIARES AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Más cuestionable resulta, en cambio, la sentencia de la Secc. 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 204/2024, de 19 de diciembre, rec. 4980/2022 (ECLI:ES:TS:2024:6328). El interés casacional objetivo (ICO) se delimitó en los siguientes términos:

si el encargo para la elaboración de un proyecto completo de relación de puestos de trabajo, por un ayuntamiento a una empresa, mediante contrato administrativo de servicios, es conforme a la doctrina de esta Sala relativa a la intensidad de la intervención en un procedimiento por parte de un sujeto distinto a la administración que lo tramita, y reflejada en las SSTS 1160/2020, de 14/09/2020 (n.º de recurso: 5442/2019) y 1265/2020, de 07/10/2020 (n.º de recurso: 5429/2019).

El objeto litigioso es la impugnación por un funcionario público de la RPT elaborada por una entidad local (Ayuntamiento de Atarfe), debido a que su elaboración fue externalizada mediante un contrato de servicios. La propuesta que elaboró la empresa se aprobó después siguiendo la tramitación preceptiva, tanto en lo referente a la negociación colectiva como en cuanto a su aprobación por los órganos municipales correspondientes, pero sin que se introdujera cambio alguno. El recurrente consideró que este proceder supuso el ejercicio de potestades administrativas por la empresa adjudicataria, al no haberse producido actuaciones sustantivas de los funcionarios que intervinieron el procedimiento de aprobación de la RPT, suplicando su anulación. El Juzgado de instancia desestimó el recurso, el TSJAND estimó la apelación, y el Supremo confirmó esta última sentencia al resolver la casación, en los siguientes términos:

la sentencia de la Sala de Granada fue bien precisa al señalar los hechos concretos que le llevaron a la convicción de que la Relación de Puestos de Trabajo la elaboró la contratista y el Ayuntamiento se limitó a asumir sin más la que se le presentó, sometiéndola eso sí a la negociación en la que insiste el escrito de interposición, pero de la que no dice que supusiera algún cambio respecto de lo que había elaborado ACAL, S. L. En suma, no fue la de esta empresa una intervención puntual sino intensa, como dice la Sala de Granada, que destaca la falta de constancia en el expediente administrativo de reuniones entre los técnicos municipales en las que se hubiera tratado de los detalles de la elaboración de la Relación controvertida.

Lo primero que sorprende es que se admite la causa de inadmisión del recurso de casación opuesta por el funcionario, quien alegó que valorar la intensidad de la actuación de la empresa y, en contrapartida, la de los funcionarios municipales, para determinar si se han ejercido potestades administrativas por la empresa, es una cuestión de valoración de los hechos que no corresponde revisar en casación. No alcanzo a comprender este razonamiento, porque no se están revisando *los hechos*, sino la *calificación jurídica* que merecen: se enjuicia si se ejercen o no potestades administrativas por la empresa en función de la intensidad de su participación en el ejercicio de la potestad, sin que nadie discuta cuál fue el grado de esa participación, sino discrepando las partes en cuanto a calificarla o no como ejercicio de potestades administrativas.

En segundo lugar, asombra que por esta vía oblicua pueda llegar a presentarse un recurso contencioso-administrativo contra la validez de la licitación de un contrato, pues eso es, en verdad, lo que se dilucida en este proceso, según lo determinado por el ICO: no la RPT, sino la *necesidad del contrato* que adjudicó su elaboración a una empresa externa. En efecto, como ya se ha visto, el ICO consiste en determinar *si el encargo para la elaboración de un proyecto completo de relación de puestos de trabajo, por un ayuntamiento a una empresa, mediante contrato administrativo de servicios, es conforme a la doctrina de la Sala*. Al menos formalmente se enjuicia, por tanto, la contratación misma, y no su resultado. Pero se trata de un acto consentido y firme. Una vez no ya adjudicado, sino ejecutado el contrato, no parece procedente analizar si cabía o no externalizar la prestación por insuficiencia de medios. Esa reflexión (y justificación) se incorpora al expediente de contratación, pues el primero de sus trámites es la memoria justificativa de la necesidad del contrato; así, el art. 116.1.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, establece que:

4. En el [inicio del] expediente [de contratación] se justificará adecuadamente:
 - e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.
 - f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

No consta que ese trámite haya sido objeto de impugnación en su momento: ni al licitarse el contrato, ni al adjudicarse. Constituye, por tanto, un acto firme y consentido, que la sentencia viene ahora a revisar de manera oblicua; lo cual resulta aún más discutible en atención a la tradicional *deferencia judicial* en cuanto a la motivación de las opciones adoptadas por la Administración en los trámites anteriores a la adjudicación del contrato (véase Roás Martín, 2024, p. 553). A pesar de todo ello, el resultado de la sentencia no es –no podía ser– la anulación *del contrato*, sino de *su resultado*, esto es, la RPT, que se considera inválida y se anula.

La sentencia, sin mayor desarrollo argumentativo, declara que:

la sentencia que invoca el escrito de oposición, la n.º 469/2023, de 12 de abril (casación n.º 8778/2021) no sirve a los propósitos para los que la invoca el escrito de interposición, porque ni en este caso se dan circunstancias extraordinarias, ni puede considerarse que el Ayuntamiento de Atarfe carezca de medios técnicos idóneos para intervenir activamente en el procedimiento de elaboración de su Relación de Puestos de Trabajo.

Se alude a la sentencia INECO que hemos comentado extensamente con anterioridad, conforme a la cual, cabe que *excepcionalmente* se ejerzan potestades administrativas por entidades privadas del sector público. Pero en el debate procesal no consta que se hayan aportado elementos de juicio para saber si el Ayuntamiento tenía medios o no, debate que, como decimos, no es el momento procesal de abordar. Es una cuestión que debió justificarse a la hora de iniciar el procedimiento de contratación, en la correspondiente memoria, y ser objeto de debate a su debido tiempo, no tras la ejecución del contrato.

En cualquier caso, a pesar de ser ese el ICO, la sentencia no falla estrictamente ciñéndose al mismo: lo que se evalúa finalmente es *la intensidad* de la intervención municipal frente a la de la empresa adjudicataria. De haberse ceñido a la cuestión que delimitó el auto de admisión, la sentencia no debería haber entrado en el análisis que emprende después. Y nos queda la duda de saber lo que habría sucedido si, durante la tramitación de la aprobación de la RPT, como resultado de la negociación colectiva o por cualquier otra causa, se hubieran introducido modificaciones sustanciales en la RPT: en tal caso ¿tampoco sería válido el contrato de servicios, al no estar debidamente justificada su necesidad?

Ese planteamiento choca con el proceder habitual en la elaboración de las RPTs, no solo de las entidades locales, sino de todas las Administraciones públicas. En el apartado relativo a la jurisprudencia que ha venido configurando el Supremo sobre las potestades administrativas hemos recordado que la externalización es una práctica muy frecuente, llegando a decir que la interpretación del art. 9.2 TREBEP «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 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 *llevan la intervención de personal no funcionarial* en la tramitación de los expedientes de los que conocen» (STS 469/2023, de 12 de abril; la cursiva es nuestra). También la STS 06/10/2011, rec. 239/2009 reconoce que «las Administraciones Públicas acuden a variadas técnicas contractuales, mediante la pertinente colaboración, para la gestión externa de funciones objetivamente administrativas». Por lo demás, en el asunto abordado por la STSJCAT 4635/2024, de 23 de diciembre, comentada en el apartado anterior, también se había externalizado la elaboración del borrador de RPT y ello no fue motivo de impugnación.

Sin embargo, la sentencia en comentario señala que:

sobre el fondo del problema no hay duda posible. El artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público deja claro que en las actuaciones administrativas que supongan el ejercicio de potestades públicas han de ser los funcionarios los que intervengan. Y el artículo 17 de la Ley 9/2017 es igualmente explícito al respecto al prohibir que sean objeto de contrato de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. También lo es el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que reserva a los funcionarios públicos las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas.

La Sala ha hecho valer estas exigencias, no sólo en las sentencias a las que alude el auto de admisión, sino también en otras. Así, las primeras concluyeron que era contraria a Derecho una encomienda de gestión por parte de una Confederación Hidrográfica a una sociedad pública estatal para que le auxiliara en la tramitación de expedientes sancionadores y, en consecuencia, desestimaron los recursos de casación del Abogado del Estado contra las sentencias de instancia que anularon la actuación administrativa por la delegación de tareas nucleares del ejercicio del ius puniendi, reservadas a los titulares de los órganos administrativos competentes, lo cual es contrario al artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Como refuerzo de su posición, el Tribunal Supremo recuerda las sentencias –todas ellas, de la misma Sección– que ha dictado a propósito de haber externalizado en una empresa privada la valoración de los méritos

de los participantes en un proceso selectivo: SSTS 197/2023, de 16 de febrero, rec. 4118/2021; 198/2023, de 16 de febrero, rec. 3686/2021); 988/2023, de 13 de julio, rec. 3334/2021; y 211/2024, de 7 de febrero, rec. 6872/2021. Podríamos añadir la más reciente sentencia –también de esa Sección– 256/2025, de 7 de marzo, rec. 4182/2022. Un pasaje de esta última nos puede servir para sintetizar la doctrina de la Sala –o más concretamente de esta Sección– en cuanto al alcance que puede tener la externalización de funciones –contratación de asesores para colaborar o auxiliar en la baremación de candidatos– en relación con los procesos selectivos del empleo público. El f.j. 6.º aborda la cuestión en los siguientes términos (la cursiva es nuestra):

2. Es así aplicable el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado (artículo 1.1), aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, del que interesa ahora su artículo 29 que al remitirse al Título I hace que rija lo previsto en el artículo 13.3, que dispone lo siguiente:

«3. Los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas».

3. Cabe, por tanto, que el órgano de selección cuente con asesores, posibilidad que deberá preverse en las bases y que intervendrán a título de colaboración o auxilio, no como órganos delegados. De esta manera el órgano de selección ostenta la titularidad y asume el ejercicio de la competencia, luego dirige el proceso selectivo, y es quien evalúa y finalmente selecciona a los aspirantes, si bien puede contar con el asesoramiento de expertos para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas. Tratándose de procesos selectivos y a falta de una regulación expresa que lo prevea, no cabe hablar en estos casos y con propiedad de delegación, pues implicaría que el órgano de selección como delegante cedería al delegado –siempre otro órgano administrativo– el ejercicio de la competencia de la que es titular.

Como se observa, esta sentencia no pone reparos al auxilio de técnicos en la baremación de los aspirantes a puestos del sector público.

Por último, no podemos dejar de resaltar la extraordinaria incongruencia que representa esta sentencia con extensos ámbitos de la contratación administrativa. De aplicarse en su literalidad, dejaría sin espacio al contrato de servicios. Pensemos en un sencillo ejemplo: la externalización de desarrollos informáticos relativos a automatización de procedimientos y a inteligencia artificial. No conozco ningún caso de Administraciones públicas que hagan desarrollos informáticos por sí mismas, salvo cuando disponen de entidades instrumentales (mercantiles) destinadas precisamente a eso, por lo que también estaría vedado el ejercicio de potestades en los términos expuestos por esta sentencia (ejecución del contrato). Pues bien, estas empresas llevan a cabo los desarrollos informáticos que normalmente se incorporan después a las plataformas de tramitación del sector público sin cambios o modificaciones por parte de las entidades que los encargaron, que habrán desplegado sus potestades de verificación de la ejecución, validándola sin cambios. En estos casos el sistema automatizado instruirá sustancialmente el procedimiento administrativo. Por tanto, cada vez que se adopte una decisión administrativa automatizada se habrá hecho mediante un desarrollo informático externalizado, que la Administración ha asumido sin cambio alguno. Personalmente, no le veo objeción, ni tampoco alcanzo a ver que se pueda desarrollar la herramienta de otra manera –internamente– en la práctica totalidad de Administraciones públicas. Sin embargo, aplicando al supuesto la doctrina de la sentencia en comentario, tanto el contrato administrativo de desarrollo informático, como cada decisión automatizada adoptada posteriormente por el sistema, serían inválidos.

Como tampoco se veo problema en que una empresa elabore una RPT, y que después su propuesta se tramite por el procedimiento establecido. Si no recibe cambios, no se trata del ejercicio privado de potestades públicas, pues *los actos sustantivos del procedimiento han sido adoptados por los funcionarios*. En el Derecho administrativo, la voluntad interna del funcionario no ha afectado nunca a la validez del acto: si lo ha suscrito, entendemos que conoce y comparte su contenido. *Cuando los órganos competentes de una Administración pública revalidan las actuaciones de la empresa privada, ratificando la RPT en los mismos términos que la empresa propuso, hemos necesariamente de entender que lo hacen con pleno conocimiento de su contenido, y compartiéndola en todos sus extremos*. Es más, eso significa que la empresa ha hecho un trabajo tan intachable que no requiere cambio alguno. *Lo asombroso es que, en estas circunstancias, judicialmente se anule*.

6. SÍNTESIS DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES RESPECTO A LA EXTERNALIZACIÓN DEL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS AL SECTOR PRIVADO O SU EJERCICIO POR ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO DEL SECTOR PÚBLICO. EL CONTROVERTIDO ALCANCE DE LAS FUNCIONES AUXILIARES AL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la jurisprudencia relativa al concepto y alcance de las potestades administrativas es muy abundante, y produce relevantes consecuencias en cuanto a la ratificación o anulación de actuaciones administrativas. Ello pone de manifiesto la relevancia que el concepto de potestad adquiere en nuestro Derecho: no es una mera elucubración abstracta o doctrinal, sino que se utiliza como criterio binario de aplicación del Ordenamiento jurídico. Si tuviéramos que ofrecer una selección de las sentencias en que se condensa esencialmente esa doctrina, podríamos citar estas tres:

- STS 1160/2020, de 14 de septiembre, *TRAGSATEC*, ECLI: ES:TS:2020:2812; Sección 5.^a, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy.
- STS 469/2023, de 12 de abril, *INECO*, ECLI:ES:TS:2023:1613; Sección 3.^a, ponente Diego Córdoba Castroverde.
- STS 2024/2024, de 19 de diciembre, *Externalización RPTs*, ECLI:ES:TS:2024:6328; Sección 4.^a, ponente Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Extractando la jurisprudencia contenida en estos relevantes pronunciamientos, pero tomando también en consideración la doctrina del Tribunal supremo en su conjunto, podríamos ofrecer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la jurisprudencia considera que se puede externalizar, así como atribuir a empleados laborales, el ejercicio (no la titularidad) de potestades administrativas, siempre que sean favorables¹⁸. Ahora bien, cuando la atribución o el ejercicio de las potestades se articula mediante normas con rango de Ley, y no mediante RPTs, reglamentos organizativos o externalización de servicios (como es el caso de los inspectores «laborales» del Banco de España, entre otros), la jurisprudencia no ha puesto reparos incluso si se trata de potestades desfavorables o que suponen ejercicio de autoridad.

En segundo lugar, por lo reciente de la STS 429/2023, y por su alcance (precisar o modular el alcance de la jurisprudencia establecida en la STS 1160/2020), conviene recordar que esta sentencia aclara que es posible atribuir el ejercicio de potestades a entidades del sector público con formas de personificación de Derecho privado, 1) De manera excepcional, y siempre que 2) Se encuentre debidamente justificado. Cuando se articule la externalización se habrá de motivar cuidadosamente la insuficiencia de medios propios y la necesidad del contrato.

Aparte de lo anterior, *el problema central en todo este asunto reside en determinar el alcance de «colaboración o auxilio» en la instrucción de procedimientos administrativos*, lo que nos remite a la más amplia cuestión, determinante en toda esta problemática, de delimitar hasta dónde llega el concepto de funciones técnicas o auxiliares de apoyo o soporte al ejercicio de potestades administrativas, diferenciándolas del ejercicio propiamente dicho de potestades administrativas. En este punto es muy reveladora la brillante aportación de Berning-Prieto (2021, especialmente pp. 289 y ss.), que se detiene ampliamente en la cuestión. Como afirma el autor, «las funciones meramente auxiliares son las que propician la resolución del procedimiento, pero no lo condicionan ni suponen el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad, y coinciden en gran parte con aquellas que no están vedadas al personal laboral al servicio de la Administración» (ibidem, p. 291).

Tal y como expusimos en el apartado relativo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se manifiestan en su doctrina dos líneas de jurisprudencia claramente definidas. En efecto: cuando se tramita un procedimiento administrativo, el Tribunal Supremo mantiene dos posiciones diferentes para determinar la intensidad que puede tener la externalización de ciertas tareas –o su ejercicio por entidades del sector público con personalidad jurídico-privada–, como soporte o auxilio instrumental al órgano administrativo, al *funcionario* que tiene reservado el ejercicio de la potestad en el art. 9.2 TREBEP.

La primera de esas líneas jurisprudenciales manifiesta que la instrucción de un procedimiento administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa, por lo que no se podría adscribir a entidades

¹⁸ Un elenco de las concretas potestades que responderían al carácter de desfavorable, en Gamero Casado (2021, p. 124). Véase también el importante esfuerzo delimitador realizado por el art. 15.2 de la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la función pública de Andalucía.

privadas del sector público, y estaría reservada a funcionarios públicos, así SSTS 22/01/2013 (Fundación FAFE), rec. 1626/2011; 75/2019, de 29 de enero, rec. 994/2016 y 1160/2020, de 14 de septiembre, rec. 5442/2019. Esta reserva supone que las actuaciones realizadas por quienes no sean funcionarios no pueden alcanzar tal intensidad que acaben suponiendo el ejercicio efectivo de la potestad por el contratista o por el medio instrumental del sector público. Esta jurisprudencia es especialmente categórica –1160/2020, de 14 de septiembre, TRAGSATEC, de la Secc. 5.^a– cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora.

En sentido contrario, otros pronunciamientos consideran que, si finalmente la decisión fue tomada por un funcionario, aunque fuese asumiendo literalmente lo propuesto por empleados laborales de un medio propio con personalidad de Derecho privado, o por empresas mediante contratos de servicios, la actuación es perfectamente válida: destaca, por lo categórico y reciente, la STS 469/2023, de 12 de abril (INECO), Secc. 3.^a. En el mismo sentido, mucho tiempo atrás la STS 24/11/2009, rec. 4035/2005 (EGMASA), desestimó el motivo exponiendo que «la decisión última de estos expedientes correspondió a las autoridades y funcionarios responsables de la Dirección General que ejercieron, por tanto, la potestad pública que la ley le encomendó»; y la STS 04/11/2015, rec. 2782/2014 (VAERSA), considera que toda la instrucción de un procedimiento administrativo puede externalizarse, si finalmente un funcionario público dicta la resolución del procedimiento.

Esta disparidad de criterios genera una indudable inseguridad jurídica, y suscita la perplejidad de los operadores jurídicos, que no saben bien a qué atenerse. Para evitar impugnaciones que finalmente lleguen a estimarse por azares del destino (depende de la Sección que resuelva el asunto), lo más prudente es considerar que el Tribunal Supremo parece proclamar una suerte de *reserva sustantiva de procedimiento administrativo en el ejercicio de potestades administrativas* (especialmente en sus SSTS 525/2019, de 22 de abril; 1160/2020, de 14 de septiembre; y 2024/2024, de 19 de diciembre). En este sentido, cuando se externalicen labores auxiliares de apoyo a la tramitación de procedimientos administrativos, o se encienden a entidades del sector público con personalidad de Derecho privado, hay que dejar constancia en el expediente administrativo no solo de la aprobación formal –final– de los trámites del procedimiento por parte de funcionarios públicos, sino también de su implicación en cuanto al fondo del asunto. Si la empresa adjudicataria, o la entidad del sector público, elevan propuestas que simplemente son aprobadas por quienes ostenten la condición de funcionarios, los tribunales pueden llegar a entender que la potestad no ha sido ejercida efectivamente –sustantivamente– por funcionarios, y anular las actuaciones. Pero, siendo obvio que las propuestas pueden ser excelentes y no necesitar modificación o cambio alguno, de alguna manera habrá de acreditar en el expediente que el funcionario público lo ha verificado así. Esto puede lograrse incluyendo una manifestación expresa al respecto en las propuestas de resolución que redacte el funcionario en los expedientes que se le eleven. O bien, si no fuera posible de este modo, mediante una memoria justificativa que incluya en el expediente. También considero posible armonizar todos los bienes jurídicos implicados en esta problemática mediante una declaración responsable del funcionario o autoridad competente en la que afirme haber leído y conocido la actuación que se somete a su aprobación y compartir su contenido.

FINANCIACIÓN

Trabajo realizado en el marco del proyecto de Generación de Conocimiento PID2022-139090NB-I00 «La potestad reglamentaria. Concepto y régimen jurídico de los reglamentos» (POTERES: <https://poteres.es>), del Programa Estatal de Investigación Científico y Técnica, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez González, E. M. (2023). La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del poder público y las entidades colaboradoras. En E. Gamero Casado y L. Alarcón Sotomayor (coords.), *20 años de la Ley General de Subvenciones: actas del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Sevilla, 26-28 de enero de 2023) (pp. 55-82). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Berning-Prieto, A. D. (2021). Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares. En E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 277-319). Tirant lo Blanch.

- Cantero Martínez, J. (2013). Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (5), 82-99. <https://www.ivap.euskadi.eus/webivap00-a5app2/es/t59auUdaWar/R3/verArticulo?numejem=5&tipo=R&sección=52&correlativo=1&contenido=1&locale=eu>
- Cantero Martínez, J. (2020). El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la jurisprudencia sobre la Policía local), *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (14), 139-160. <https://doi.org/10.24965/realia.i14.10846>
- Carretero Espinosa de los Monteros, C. (2011). El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración pública. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (11), 55-74.
- Díez Sastre, S. (2018). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (2018). *Sistema de Derecho Administrativo. Tomo I*. Civitas-Thomson-Reuters
- Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J. (2008). El Estatuto básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (139), 475-500.
- Fuentetaja Pastor, J. A. (2013). *Pasado, presente y futuro de la función pública: entre la politización y la patrimonización*. Civitas.
- Gamero Casado, E. (2021). Delimitación conceptual de la potestad administrativa. En E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 50-152). Tirant lo Blanch.
- Gamero Casado, E. (2023). La delimitación de funciones entre las distintas clases de personal. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (116), 47-93. <https://doi.org/10.46735/raap.n116.1397>
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.
- Jordano Fraga, J. (2015). Grietas en los ejes del modelo constitucional: las funciones reservadas a los funcionarios. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (174), 133-168.
- Larios Risco, D. (2009). Artículo 9. Funcionarios de carrera. En A. Palomar Olmeda y A. V. Sempere Navarro (dirs.) y R. Y. Quintanilla Navarro (coord.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (pp. 85-90). Thomson-Reuters Aranzadi.
- Lasarte Álvarez, F. J. (2021). Reflexión sobre principios del gasto público y potestades administrativas. En E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 645-666). Tirant lo Blanch.
- López Gómez, J. M. (2009). *La relación laboral especial de empleo público: estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto básico del empleado público*. Civitas.
- Martín Rebollo, L. (2015). La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (174), 15-22.
- Montilla Pérez, S. (2021). La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. *Revista General de Derecho Administrativo*, (58). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424256
- Parada Vázquez, J. R. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2017). *Derecho de la función pública*. Civitas.
- Quesada Lumbrales, J. E. (2011). La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral. Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (317), 143-173. <https://doi.org/10.24965/realia.vi317.10098>
- Recuerda Girela, M. A. y Fernández Delpuech, L. (2012). Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (83), 49-92. <https://doi.org/10.46735/raap.n83.953>
- Rego Blanco, M. D. (2021). Potestades administrativas y contratación pública: ¿se ejerce potestad administrativa al adjudicar contratos públicos? En E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 779-826). Tirant lo Blanch.
- Roás Martín, P. L. (2024). El control jurisdiccional de la contratación pública: aspectos problemáticos. En E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles (dirs.), *Tratado de contratos del sector público, tomo I* (2.ª ed., pp. 549-607). Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (dir.) (2008). *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova.
- Sánchez Morón, M. (2015). Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones públicas. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (56), 18-27.
- Sánchez Morón, M. (2017). *Derecho de la función pública* (10.ª ed.). Tecnos.
- Toscano Gil, F. (2021). Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones. En E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (pp. 827-879). Tirant lo Blanch.
- Toscano Gil, F. (2023). La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales. En E. Gamero Casado y L. Alarcón Sotomayor (dirs.), *20 años de la Ley General de Subvenciones: actas del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Sevilla, 26-28 de enero de 2023) (pp. 27-54). Instituto Nacional de Administración Pública.