

La responsabilidad patrimonial por daños causados por las entidades mercantiles municipales.

Aspectos procedimentales (Dictamen 198/2023, de 4 de mayo de 2023)

BEGOÑA DELGADO CASTRO
Letrada mayor acc. del Consejo Consultivo de Canarias

1. **Introducción**
2. **El supuesto examinado**
3. **La inviabilidad de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la entidad empresarial**
 - 3.1. El criterio del Tribunal Supremo
 - 3.2. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)
 - 3.3. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)
4. **Una cuestión conexas: la legitimación pasiva de la Administración municipal**
5. **Conclusión final**

1 Introducción

El art. 2.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) declara la aplicación de esta ley al sector público institucional, que, entre otros, se integra por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la propia ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previs-

tos en el art. 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas [art. 2.2.b)].

A su vez, en materia de responsabilidad patrimonial, el art. 35, relativo a la “Responsabilidad de Derecho Privado” —precepto que resulta de aplicación a tales entidades al amparo de lo establecido en el art. 2.2.b) citado—, dispone: “Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y ss., incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

De esta manera, a tenor de los citados preceptos legales, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se ha extendido a los daños ocasionados a los particulares por las entidades instrumentales de derecho privado, en cuanto que integrantes del sector público. Con ello, se ha incluido a estas entidades en el régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual contemplado en los arts. 32 y ss. de la propia LRJSP.

La cuestión que surge entonces inmediatamente es de carácter adjetivo y gira en torno a la posibilidad de que tales entidades puedan tramitar y resolver el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, dado que si bien forman parte integrante del sector público, no son Administraciones públicas.

El Dictamen 198/2023, de 4 de mayo, que ahora comentamos, tuvo precisamente por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial, en el que la persona interesada solicitó el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados durante el desarrollo de prácticas no laborales organizadas por una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento. La particularidad del presente supuesto deriva del hecho de que la citada reclamación fue presentada no ante la Administración municipal, sino directamente ante la entidad mercantil, que tramitó el procedimiento y pretendía su resolución, previo dictamen del Consejo Consultivo. En el dictamen se aborda precisamente, a la luz de la normativa aplicable y su interpretación jurisprudencial, la viabilidad jurídica de la tramitación de un procedimiento administrativo por una entidad instrumental privada de la Administración.

Como antecedentes de este dictamen, y bajo la vigencia de la normativa anterior, podemos asimismo hacer mención de nuestros anteriores pronunciamientos 91/2015, de 19 de marzo, y 311/2018, de 17 de julio, aunque no

contemplan el mismo supuesto que el ahora analizado, ya que si bien la responsabilidad se imputaba a la entidad mercantil, la reclamación fue presentada ante la Administración, que tramitó y resolvió el correspondiente procedimiento.

En el primero de los citados, la entonces Viceconsejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias encomendó a una empresa pública de la Administración autonómica unas obras de urbanización, que a su vez fueron adjudicadas por esta a una entidad mercantil. Producidos daños a particulares durante la ejecución de la obra, la reclamación fue presentada ante la Viceconsejería, que tramitó el procedimiento de responsabilidad patrimonial y dictó la resolución finalizadora del mismo. Por su parte, el Dictamen 311/2018 analizó la conformidad a derecho de la propuesta de resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento de la sociedad mercantil que realizaba la gestión, promoción y explotación de un palacio de exposiciones y congresos, adscrita a la citada Consejería. En ambos asuntos el Consejo Consultivo consideró conforme a derecho la tramitación seguida.

2

El supuesto examinado

El Dictamen 198/2023 recoge los siguientes antecedentes de interés en este asunto:

- La reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial se plantea ante la entidad municipal (en adelante, la Sociedad de Desarrollo), entidad mercantil local bajo la forma de sociedad anónima cuyo capital social pertenece íntegramente al Ayuntamiento y que se encarga de prestar —mediante gestión directa y en régimen de derecho privado ex arts. 85 y 85 ter de la LRBRL— un servicio público local como es el “fomento y promoción del desarrollo económico y social municipal en el marco de la planificación autonómica” [art. 11.g) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias]. En este sentido, el art. 2 de los Estatutos de la Sociedad de Desarrollo contempla como objeto social la realización de cuantas actuaciones sean de interés para el desarrollo económico y social del municipio, pudiendo llevar a efecto dentro del término municipal, entre otras actividades, los servicios de formación y orientación laboral, así como servicios de promoción de empleo.

- En este contexto, con fecha 30 de julio de 2018, la Sociedad de Desarrollo suscribe contrato de arrendamiento de servicios docentes con la Fundación Laboral de la Construcción, “[...] para la impartición de la formación específica de ‘Mozo de Almacén’, modalidad presencial, [...] enmarcada en el Proyecto OyE. Formación en familia. Oportunidades y empleo”.

De tal manera que correspondía a la Fundación Laboral de la Construcción “[...] realizar las funciones de planificación, impartición y evaluación de la acción formativa [...]”, debiendo “impartir la acción formativa de ‘Mozo de Almacén’ a los/as participantes seccionados/as del Proyecto OyE-Formación en familia. Oportunidades y Empleo, desde el 30 de julio al 3 de agosto de 2018”.

- Con fecha 24 de septiembre de 2018 se rubrica convenio marco entre la Sociedad de Desarrollo y la empresa R.C., S.L. para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas de los usuarios de proyectos y acciones de la Sociedad de Desarrollo.

Este convenio marco tiene por objeto “[...] regular el marco de colaboración entre la entidad R.C., S.L. y la Sociedad de Desarrollo para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as de acciones formativas y proyectos de empleo y formación de la Sociedad de Desarrollo” —estipulación primera—. En este sentido, y como se indica en el propio convenio marco, “las prácticas profesionales a emprender quedarán patentes mediante acuerdos singularizados que se incorporarán progresivamente, a medida que se vayan formalización, como anexos o adendas al presente convenio” —párrafo segundo de la estipulación segunda—.

- Con fecha 27 de septiembre de 2018 se firma adenda al convenio marco, que “[...] tiene por objeto regular el marco de colaboración entre la entidad R.C., S.L. y la Sociedad de Desarrollo, en base al convenio Marco firmado con fecha 24/09/2018 para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as del proyecto OYE: Formación en Familia. Oportunidades y Empleo de la Sociedad de Desarrollo de la especialidad formativa: Mozo de Almacén”. En virtud de esta primera adenda al convenio marco, la empresa R.C., S.L. se compromete a admitir alumnos —y, en consecuencia, a realizar prácticas profesionales—, y, entre otros, al después interesado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. De acuerdo con la estipulación cuarta, las prácticas no laborales se desarrollarían desde el 8 de octubre de 2018 hasta el 2 de noviembre de ese mismo año.

No obstante, este alumno formuló, diez días después de su inicio, escrito de renuncia a las prácticas, manifestando la imposibilidad de continuar participando por motivos de salud, ya que, según manifestó, el primer día de prácticas el calzado de seguridad proporcionado por la empresa le había provocado una úlcera en el pie izquierdo. De acuerdo con su relato posterior, esta lesión desembocó, ante la evolución desfavorable, en la amputación del primer dedo del citado pie, que es el daño por el que se reclama.

- Con carácter previo a la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el interesado interpuso demanda ante la jurisdicción social frente a la Sociedad de Desarrollo, la empresa R.C., S.L. y la entidad aseguradora de esta, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados —a juicio del demandante— del accidente laboral sufrido por el trabajador el día 8 de octubre de 2018, durante el desarrollo de las prácticas profesionales. Tras la sustanciación del oportuno proceso judicial, se dicta sentencia de 21 de octubre de 2020, que desestima la pretensión planteada por el actor, al no constar la existencia de relación laboral alguna.
- Finalmente, la reclamación se presenta ante la Sociedad de Desarrollo, que, como ya se ha señalado, tramita el procedimiento, entendiendo así su competencia no solo para la sustanciación de tales trámites, sino también para su resolución, emitiendo una propuesta de resolución de carácter desestimatorio que es elevada al Consejo Consultivo para la emisión de su preceptivo dictamen.

3

La inviabilidad de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por la entidad empresarial

El dictamen del Consejo Consultivo centra su argumentación sobre la cuestión, de necesario y previo pronunciamiento, relativa a la posibilidad de que la sociedad mercantil municipal tramite y resuelva el procedimiento.

El dictamen distingue los aspectos sustantivos de los procedimentales. Así, desde una perspectiva sustantiva, resulta aplicable al caso concreto lo establecido en el art. 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), relativo a la “responsabilidad de derecho privado” —precepto que resulta de aplicación al amparo de lo establecido en el art. 2.2.b) del referido texto legal—, que dispone:

“Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

Por tanto, estima el Consejo que, tratándose de una reclamación patrimonial deducida directamente ante la sociedad mercantil encargada de la prestación de un servicio público de competencia municipal [arts. 85 y 85 ter LRBR en relación con el art. 11.g) LMC], procede exigir “su responsabilidad” —como indica textualmente el art. 35 de la LRJSP—, esto es, la de la Administración matriz y titular del servicio público local, con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 32 y ss. LRJSP.

Opinión diversa merece, sin embargo, la tramitación procedimental seguida en las presentes actuaciones. A juicio del Consejo Consultivo, la tramitación adjetiva o formal observada no resultó ajustada a derecho, pues en todo caso el procedimiento debió ser tramitado y resuelto por la Administración municipal. Esta conclusión se alcanza sobre la base de un triple orden de consideraciones jurídicas.

3.1

El criterio del Tribunal Supremo

La afirmación anterior se sustenta en primer lugar, en el dictamen, en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Tercera, Sección 5.ª, en el seno del recurso de casación n.º 5442/2019, de la que el dictamen, tras la reproducción de algunos de sus fundamentos, extrae las siguientes conclusiones:

En primer lugar, resulta admisible que “[...] las Administraciones acuda(n) a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesaria la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (*in house providing*) [...]”. Sin embargo, y como indica la propia resolución judicial, “no es eso de lo que se trata en el presente supuesto en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya

se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos”.

En segundo lugar, el alto tribunal advierte que, cuando se trata de la tramitación de procedimientos administrativos que den lugar a resoluciones susceptibles de afectar a los interesados, resulta aplicable la reserva —legal— en exclusiva a los funcionarios públicos de las tareas que “impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas” (art. 9.2 EBEP): “[...] en la medida en que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y éstas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios públicos, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos. [...]. En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]”.

Esta reserva al personal estatutario de la tramitación de los procedimientos se fundamenta en la relación orgánica de los funcionarios: “[...] debemos partir de una regla básica cual es que las Administraciones Públicas desarrolla(n) su actividad mediante su propio personal que, como regla general, está sometido a una relación jurídica de carácter administrativo, la relación orgánica, en virtud del cual y mediante el correspondiente nombramiento pasa a adscribirse al órgano correspondiente de la Administración del que constituye el elemento humano, siendo su titularidad la que le permite la actuación, no en nombre propio, sino de la misma Administración. Pero esa relación, precisamente por esa naturaleza estatutaria, genera también importantes derechos y deberes para el funcionario lo cual, a su vez, no es sino una manifestación de la objetividad, imparcialidad y sometimiento al Derecho que debe regir en toda actividad pública”.

Finalmente, el Tribunal Supremo introduce una matización a su doctrina. Y es que la regla general no impide, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento administrativo por los órganos competentes de la Administración pública puedan intervenir terceros con una función de “auxilio y

asistencia técnica” puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades.

A juicio del Consejo Consultivo, todo lo anteriormente expuesto queda perfectamente ilustrado —a modo de resumen— en el fundamento de derecho segundo de la resolución judicial comentada, al indicar que “[...] no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cerceñarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional”. De tal manera que “[...] la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes [...]”, “[...] sin que sea admisible una pretendida alteración de [...] la exigencia legal de que la Administración ejercita(e) sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran”.

En definitiva, para el Consejo Consultivo, la responsabilidad de la tramitación de los procedimientos administrativos corresponde —tanto formal como materialmente— a los órganos integrados en la Administración pública, no así a las entidades instrumentales de las que aquella se valga para la prestación de los servicios públicos de su competencia —y mucho menos a los particulares, en una suerte de “[...] privatización encubierta de un servicio (la tramitación de los procedimientos administrativos) que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del derecho administrativo propio del Estado de derecho”—. Lo que, en unión de lo manifestado en la STS de 14 de septiembre de 2020, lleva a concluir que la sustanciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados con ocasión de los daños derivados de la prestación, por parte de la Sociedad de Desarrollo —sociedad anónima de capital íntegramente

público—, de un servicio público municipal, le corresponde a la propia entidad pública —Ayuntamiento— titular del servicio público implicado en la producción del hecho lesivo.

3.2

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL)

La inicial conclusión se alcanza en el dictamen no solo con fundamento en la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse en el apartado anterior, pues en realidad esta viene a refrendar lo dispuesto en la legislación de régimen local. Y es que, como se establece en el párrafo final del art. 85 LRBRL, “la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”, en coherencia con lo preceptuado en el art. 92.3 LRBRL: “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”. De esta manera, como ocurre en el caso analizado, el modelo de gestión por el que se haya optado —gestión directa mediante sociedad mercantil local— y el régimen jurídico al que quede sometida la entidad instrumental prestadora del servicio público municipal —de derecho privado ex art. 85 ter LRBRL— no son circunstancias que impiden, sino que, al contrario, obligan a observar lo dispuesto de forma imperativa en los arts. 92.3 LRBRL y 9 EBEP.

3.3

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)

Por último, idéntica conclusión alcanza el dictamen al analizar la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común.

Así, se tiene en cuenta que el ámbito subjetivo de aplicación de la LPACAP se extiende al sector público, en donde se incluye el denominado “sector público institucional” [art. 2.1.d)], que a su vez se halla integrado, entre otros, por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas [art. 2.2.b)], como es el caso de la sociedad anónima que ahora se examina. Estas entidades de derecho privado, por disponerlo así el propio precepto legal, quedan “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.

Pues bien, teniendo en cuenta que, por un lado, el art. 92 de la LPACAP, al referirse —con carácter básico ex art. 149.1.18.ª CE— a la “competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial”, omite cualquier mención del órgano competente de las entidades de derecho privado llamado a resolver esta clase de procedimientos administrativos —no así respecto a las “entidades de derecho público”—, y que, por otro lado, la potestad de tramitar tales procedimientos administrativos no le está reconocida legalmente, tal y como advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de septiembre de 2020, para el Consejo Consultivo es obligado colegir, una vez más, que la tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivados de la prestación del servicio público municipal corresponde a la Administración titular del servicio implicado, y no a la sociedad privada responsable de la gestión material de aquel.

El dictamen se hace eco también, en el marco del derecho autonómico comparado, de la acogida de este razonamiento jurídico en la legislación autonómica sobre servicios públicos. Así, y sirva como ejemplo, cita la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, que, tras señalar en su art. 37.2 que “en los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior [...] —entidades públicas instrumentales— las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada, sin perjuicio de la obligación del prestador del servicio de admitir a la utilización del servicio a las personas que cumplan los requisitos para ello y, en particular, sin perjuicio de la aplicación de las previsiones de este título y de la tutela y garantía de la posición de la persona usuaria por la administración competente”, viene a establecer en su art. 40 [“Responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica”] dos previsiones normativas de especial relevancia. Por un lado, se indica que “las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a

la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración” —art. 40.1—. Y, por otro, se advierte que “si la administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal” —art.40.2—. Lo que no hace más que ratificar cuanto se ha manifestado hasta ahora respecto a la competencia para tramitar esta clase de procedimientos administrativos.

4

Una cuestión conexas: la legitimación pasiva de la Administración municipal

Como complemento a cuanto se ha señalado en los apartados anteriores, el dictamen considera pertinente advertir —por cuanto se trata de una cuestión conexas e implícitamente planteada por la representante del perjudicado en su reclamación— que, aun cuando la reclamación patrimonial pudiera ser presentada ante la entidad privada instrumental, ante la Administración titular del servicio público implicado, o ante ambas, lo cierto es que, a la vista de la mera literalidad del art. 35 de la LRJSP y de los recientes pronunciamientos judiciales al respecto, se entiende que la responsabilidad recae en la entidad pública titular del servicio público al que se imputa el daño, sin que resulte procedente accionar autónomamente —y, consecuentemente, responder en exclusiva y desvinculadamente de la responsabilidad de la Administración pública titular de la competencia propia—, en concepto de responsabilidad patrimonial, contra la sociedad mercantil que gestiona el servicio implicado en la producción del hecho lesivo. Así parece deducirse de la sentencia n.º 777/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. n.º 564/2016), al indicar, en relación con el art. 35 de la LRJSP, que “este nuevo régimen faculta a los particulares el derecho a ser indemnizados, siempre que concurren todos los presupuestos legales, por las Administraciones públicas en el caso de las Sociedades Mercantiles (en este caso estatal) (art. 35 de la Ley 40/2015) [...]”; lo que nos conduce a entender que, por más que se reclame directamente —en concepto de responsabilidad

patrimonial de las Administraciones públicas ex arts. 32 y ss. LRJSP— a la sociedad mercantil prestadora del servicio público, la acción indemnizatoria se entiende dirigida, en todo caso, contra la Administración pública matriz y titular del servicio público, como garante y responsable última de la prestación del servicio implicado en la producción del daño.

En el mismo sentido, el dictamen cita la sentencia n.º 850/2021, de 21 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.^a, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyos fundamentos jurídicos se puede leer lo siguiente:

“Falta de agotamiento de la vía administrativa frente a la Comunidad de Madrid.

Sostiene la Comunidad de Madrid que en la medida que no se ha ejercitado acción alguna en vía administrativa frente a la misma, no puede recaer un pronunciamiento condenatorio respecto de dicha Administración.

Cierto es que tanto en la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en vía administrativa como en el suplico de la demanda se menciona únicamente a ARPROMA, hoy OBRAS DE MADRID. GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A., no obstante, como hemos expuesto, Obras de Madrid. Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A., es una empresa pública de la Comunidad de Madrid, que forma parte de su Administración Institucional, participada al cien por cien por la Comunidad de Madrid, y que está adscrita a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, por lo que la acción dirigida contra Arprona ha de entenderse igualmente dirigida contra la Consejería de quien depende. Cabe señalar que las competencias respecto a las actividades y servicios que desarrollan, aunque localizadas en el ente institucional, siguen perteneciendo a la Administración pública de la que depende aquél, pertenencia que explica el hecho de que la responsabilidad del ejercicio de la competencia corresponde a la administración matriz. De esta especial situación surge la necesidad de fiscalización, control y tutela de los entes institucionales por parte de la Comunidad, siendo regulada ampliamente por la ley la forma en que se desarrollan aquéllos. En atención a lo expuesto, procede la desestimación del motivo invocado.

[...] Sobre la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación pasiva.

[...] la falta de legitimación pasiva planteada por la demandada, debe ser rechazada. En efecto, y como hemos visto más arriba, la recurrente dirigió directamente su reclamación administrativa a ARPROMA, hoy OBRAS DE MADRID. GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.,

cuyo silencio administrativo implica su desestimación y la posibilidad de acudir a esta sede judicial reclamando la declaración de ilegalidad de dicha decisión administrativa.

Por consiguiente, es obvio que cabe considerar a tal Administración con legitimación pasiva, con independencia del éxito o fracaso de las pretensiones del recurrente, cuestión que después deberá ser tratada por la Sala”.

5 Conclusión final

La aplicación al caso analizado de los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos en las líneas precedentes lleva al Consejo Consultivo a considerar que en este asunto el procedimiento no se ha instruido por el órgano competente, habida cuenta de que el expediente de responsabilidad patrimonial, instruido por parte del director-gerente de la sociedad mercantil de referencia, vulnera las normas imperativas o de *ius cogens* que resultan de aplicación al caso (arts. 85.2, *in fine*, y 92.3 LRBRL, y art. 9.2 EBEP en relación con el art. 6.3 del Código Civil), y la resolución final que en su caso se dictara podría incurrir por ello en causa de nulidad por aplicación del art. 47.1.g) LPACAP, y podría asimismo suponer una omisión, total y absoluta, del procedimiento “legalmente establecido” [art. 47.1.f) LPACAP], tal y como se extrae de la sentencia n.º 77/2019, de 13 de marzo de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (rec. 137/2017), ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019).

En consecuencia, concluyó el Consejo Consultivo en este dictamen que debían retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la fase de admisión a trámite de la reclamación patrimonial interpuesta, debiendo procederse a sustanciar el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración titular del servicio público a la que se le imputaba la causación del daño resarcible. Y, una vez practicada la instrucción del procedimiento —con estricta observancia de los trámites y demás garantías establecidas en la LPACAP—, procedería elevar la oportuna propuesta de resolución a este Consejo Consultivo de Canarias, a fin de que se evacuara dictamen preceptivo de conformidad con su ley reguladora.

