

2017

Responsabilidad patrimonial
y entidades instrumentales de
Derecho Privado: novedades
en torno a su régimen
jurídico básico

**TRABAJO DE FIN DE GRADO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALMERÍA**

**TUTOR: MELLADO RUIZ. LORENZO
ALUMNA: CRETU. ROZALINA**

CONVOCATORIA: JUNIO 2017

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y ENTIDADES
INSTRUMENTALES DE DERECHO PRIVADO: NOVEDADES EN
TORNO A SU REGIMEN JURIDICO BASICO**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALMERÍA**

**TUTOR: MELLADO RUIZ. LORENZO
ALUMNA: CRETU. ROZALINA**

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS LEYES 40/2015 Y 39/2015	7
1. Introducción	7
2. Los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas	8
3. Procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial	11
4. Requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de una Administración Pública	17
4.1. Antijuridicidad del daño	18
4.2. Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o grupo de personas	20
4.3. Relación de causalidad	22
III. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PRIVADO.	24
1. Introducción	24
2. Evolución y clases	26
2.1. Concepto y evolución.....	26
2.2. Clases: sociedades mercantiles y fundaciones del sector público	28
3. Principios rectores	30
4. Régimen jurídico	31
4.1. Creación	31
4.2. Objeto.....	32
4.3. Tutela.....	33
4.4. Actuación	35
IV. LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DIRECTA EN LOS SUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PRIVADO	38
1. Situación anterior	38
2. Situación actual en las dos nuevas Leyes	39
3. La cláusula de retorno al Derecho Administrativo.....	40
4. Valoraciones finales	41
V. CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	48
1. Doctrina:.....	48
WEBGRAFIA	49

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública pero también el régimen actual de las entidades instrumentales de Derecho Privado.

Para comenzar, en el año 2015 se actualizó la normativa del Derecho Administrativo español; precisamente el pasado 2 de octubre de 2016 tuvo lugar la entrada en vigor de ésta, tras la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la cual pasa a componerse por dos normas: la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Como principales novedades que presentan éstas, podemos observar de un lado la llegada y apuesta por los medios electrónicos en el mundo administrativo, la incorporación del concepto de Sector Público Institucional, aunque también la regulación de un régimen de transformación y fusión de organismos públicos de igual naturaleza jurídica, y el novedoso régimen de responsabilidad de los miembros de consejos de administración de sociedades mercantiles estatales. Por otro lado, ambas leyes, tienen como objetivo aumentar la transparencia en los procedimientos para la elaboración de las normas, simplificar el sector público institucional y llevar a cabo un funcionamiento más ágil de las Administraciones Públicas.¹

Con posterioridad para centrarnos en la materia, atendemos a la figura de la responsabilidad patrimonial, la cual la podemos encontrar regulada en el art. 106 de la Constitución española (en adelante, CE), teniendo por finalidad la reparación de los daños y perjuicios causados a los ciudadanos por la Administración debido a la actividad o pasividad de ésta a la hora de la defensa de los intereses generales de los ciudadanos, en

¹ SALDAÑA MUÑOZ M. L., “Novedades en el Sector Público Estatal tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público” en *ELDERECHO.COM*, publicación de 27 de enero de 2017, disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/novedades-regimen-juridico-sector-publico_11_1048930003.html (visto 03/04/2017).

base al art. 103.1 CE, tomado éste junto al principio de legalidad como pilar básico del Derecho Administrativo.

Para continuar con la introducción sobre la responsabilidad patrimonial en España, las distintas especialidades y novedades que presenta en concreto, vamos a fijarnos en sus principios y el procedimiento utilizado para su determinación en la LPAC, por un lado, y, por otro, en la LRJSP, centrándonos en los requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de una Administración Pública.

Se da especial relevancia a la teoría general de las entidades instrumentales de Derecho Privado, en cuanto a su concepto, regulación, objeto, principios rectores, tutela, cómo se crean y cómo llevan a cabo su régimen de actuación, ya que se trata de uno de los pilares fundamentales en torno al que vamos a desarrollar este trabajo.

El punto final, no por ello menos importante, atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, tiene por objeto analizar la extensión del régimen de responsabilidad pública a las entidades privadas a través de las cuales actúa la Administración, pero también la responsabilidad patrimonial por daños causados a particulares derivados de la actuación de una sociedad pública mercantil; en este sentido el artículo 35 de la LPAC establece expresamente que: “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 concurra 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”.

La razón que me ha llevado al análisis del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del régimen actual de las entidades instrumentales de Derecho Privado, es, a parte de que se trata de una regulación novedosa, considero menester destacar la importancia que tiene, puesto que se trata de un tema de gran interés general, que ha sufrido un considerable desarrollo con el transcurso del tiempo y afecta de forma singular a la sociedad. En definitiva, se describe por tener un carácter novedoso ya que se trata de un sistema de reciente creación por lo que nos encontramos con un número escaso de estudios en este ámbito y también por tener un carácter conflictivo ya que ha sido objeto de gran número de opiniones por el cambio

radical realizado en un muy corto periodo de tiempo. Nos centramos tanto en su situación anterior como actual, ya que presenta especialidades tanto en el marco teórico como en el práctico, para finalizar con una conclusión basada en los supuestos analizados sobre la responsabilidad patrimonial en este ámbito.

II. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS LEYES 40/2015 Y 39/2015

1. Introducción

La aprobación de la LPAC y LRJSP deja una gran huella en el Derecho administrativo, del que pasa a ser el nuevo proyecto legislativo básico con su entrada en vigor en octubre de 2016.

El legislador explica tanto en la exposición de motivos de la LPAC como de la LRJSP, que se optó por la elaboración de dos leyes, debido a la clara “necesidad de asignar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, en concordancia con el proyecto general de mejora de la calidad normativa en el cual se basa todo el informe aprobado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (en adelante, CORA)”. De un lado, nos encontramos una, que comprende el régimen jurídico de las Administraciones Públicas, donde podemos observar las disposiciones relativas al sector público institucional. Por otro lado, observamos otra, ordenadora del procedimiento administrativo, donde se hallan las normas que administran la relación de los ciudadanos y las Administraciones Públicas.²

Tras ello, se pretende iniciar una total reforma del funcionamiento y la organización de las Administraciones, distinguiendo dos pilares fundamentales:

- a. La ordenación de las relaciones “ad extra” entre las Administraciones y las empresas y ciudadanos, tanto en el ejercicio de la potestad de auto tutela, como en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa.

² Apartado I, último párrafo, de la exposición de motivos de la LRJSP.

- b. La regulación “ad intra” del funcionamiento interno de las Administraciones y las relaciones entre ellas³.

En definitiva las nuevas disposiciones, sustituyen a la LRJPAC cuyo contenido normativo queda desdoblado en dos disposiciones: la LPAC, que pretende establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones entre las Administraciones y los administrados; y la LRJSP que regula el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

El régimen de la responsabilidad patrimonial encontraba su regulación mejor lograda en la LRJSPAC, exactamente en el Título X bajo la rúbrica “*De la responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio*” desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En la actualidad, la LRJSP, concretamente el Capítulo IV de su Título Preliminar, se encarga de la regulación básica de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la cual deroga en esta materia a la LRJSPAC, aunque conserva una continuidad en los contenidos, salvaguardando de esta manera también intacta los mandatos más importantes.⁴

2. Los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se encuentran recogidos en el artículo 106.2 de la CE y en el artículo 32 de la LRJSP.

El artículo 106.2 de la CE como punto de arranque establece que los particulares tienen derecho a recibir una indemnización por parte de las Administraciones Públicas correspondientes, de los daños, perjuicios y lesiones que sufran en cualquiera de sus derechos y bienes, siempre que dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excepto en los casos de fuerza mayor o de perjuicios

³ MORENO MOLINA J. A., “Antecedentes, objetivos y principales novedades de las Leyes 39 y 40/2015 reguladoras del Procedimiento Administrativo Común y el Régimen jurídico del Sector Público”, en la *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 6, 2016, pp. 11-59

⁴ ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 6ª Edición, Madrid, 2016, p. 297

que el particular tenga la obligación de soportar de acuerdo con la ley. En este mismo sentido se manifiesta el apartado primero del artículo 32 de la LRJSP.

Prosigue el apartado segundo de este artículo exponiendo que los requisitos del daño “indemnizable” son: evaluable económicamente, efectivo e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

En el apartado tercero del artículo 32 nos dice que para que la responsabilidad pueda ser reconocida, se requiere que el daño sea antijurídico al establecer que “tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

A grandes rasgos, se puede afirmar que la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas poco se diferencia a la contenida en la LRJPAC. Entre las novedades más destacadas en este ámbito, merece especial atención los cambios que se han introducido en la regulación denominada “responsabilidad patrimonial del Estado Legislador” por las lesiones y perjuicios que puedan sufrir los particulares en sus bienes y derechos, a causa de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, fijándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder a la indemnización que corresponda.⁵

En cuanto a los caracteres propios del sistema de responsabilidad patrimonial tal y como nos cita el catedrático MORENO MOLINA de acuerdo con el profesor LEGUINA VILLA, el sistema tiene un alcance general y un carácter unitario, es decir abarca todo tipo de actuaciones extracontractuales, por ello de acuerdo con el art. 35 de la LRJSP “cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, su responsabilidad será exigible de acuerdo con lo previsto en los art. 32 y siguientes, de la LRJSP, inclusive cuando concorra con sujetos de derecho

⁵ Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op., cit. p. 297

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”.⁶

Tiene una naturaleza directa, es decir la responsabilidad patrimonial es exigible y se imputa directamente a la Administración, tanto si el daño fue causado por un agente de la Administración como si ha sido causado impersonalmente. El art. 36.1 LRJSP prosigue estableciendo que para hacer eficiente la responsabilidad administrativa, los particulares “exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Haciendo alusión a su naturaleza objetiva, derivada del art. 106 CE y 32.1 LRJSP, podemos distinguir claramente en estos dos artículos, entre dos características como son:

- a. En los casos en los cuales medie fuerza mayor no existe la obligación de indemnizar tal y como se deriva del art. 32.1 LRJSP, frente a la responsabilidad extracontractual del ámbito del Derecho Privado.
- b. El criterio principal que encontramos para la determinación de la imputación objetiva de la responsabilidad a la Administración tanto del funcionamiento normal como anormal.⁷

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha sido definido por nuestra jurisprudencia señalando que: *“al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe*

⁶ MORENO MOLINA J. A. “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la Responsabilidad patrimonial y la Potestad sancionadora de la Administración Pública “en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016 pp. 87 - 109

⁷ Vid., MORENO MOLINA J. A. “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la Responsabilidad patrimonial y la Potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016, pp. 87 - 109

*ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad”.*⁸

Para determinar la indemnización, nos encontramos con dos métodos fundamentales: primero, por acuerdo entre la Administración y el interesado, una vez ya iniciado el procedimiento de reclamación y anterior al trámite de audiencia, también podría realizarse unilateralmente por la Administración, tras la finalización del procedimiento si en él se reconoce y se afirma la responsabilidad. El apartado 2 del art. 34 LRJSP establece que “la indemnización se calculará atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en tal caso, las valoraciones predominantes en el mercado”.

La indemnización ha de ser pagada de manera íntegra, llegando a generar intereses en caso de demora, pudiendo ésta ser suplida por pagos periódicos o una compensación en especie, siempre y cuando exista acuerdo previo con el interesado.⁹ En este sentido el art. 34.3 de la LRJSP regula el método por el cual se calcula “la cuantía de la indemnización en referencia al día en el que se produjo la lesión efectivamente, sin perjuicio de su actualización a la fecha que ponga fin al procedimiento de responsabilidad de acuerdo al Índice de Garantía de la Competitividad, establecido por el Instituto Nacional de Estadística, y el cálculo de los intereses producidos por la demora en el pago de la indemnización fijada, exigidos de acuerdo con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o con las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas”.

3. Procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial

Tras la entrada en vigor de la LRJSP y LPAC, el procedimiento de responsabilidad patrimonial no es un procedimiento especial, tal como sucedía con anterioridad, sino que se le aplica el procedimiento administrativo común, con especialidades que encontramos en la LPAC al regular las distintas fases del procedimiento común. El art. 96 LPAC

⁸ STS (Sala Tercera, Sección 6ª), de 28 de noviembre de 1998 (2864/1994)

⁹ Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op. cit., pp. 309-310.

posibilita una tramitación simplificada del procedimiento¹⁰. Previamente a la aprobación de la LRJPAC, el procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial,

¹⁰ Artículo 96 de la LPAC. Tramitación simplificada del procedimiento administrativo común.

“1. Cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones Públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento. En cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución, el órgano competente para su tramitación podrá acordar continuar con arreglo a la tramitación ordinaria.

2. Cuando la Administración acuerde de oficio la tramitación simplificada del procedimiento deberá notificarlo a los interesados. Si alguno de ellos manifestara su oposición expresa, la Administración deberá seguir la tramitación ordinaria.

3. Los interesados podrán solicitar la tramitación simplificada del procedimiento. Si el órgano competente para la tramitación aprecia que no concurre alguna de las razones previstas en el apartado 1, podrá desestimar dicha solicitud, en el plazo de cinco días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo de cinco días se entenderá desestimada la solicitud.

4. En el caso de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado.

5. En el caso de procedimientos de naturaleza sancionadora, se podrá adoptar la tramitación simplificada del procedimiento cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, sin que quepa la oposición expresa por parte del interesado prevista en el apartado 2.

6. Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites: a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.

b) Subsanación de la solicitud presentada, en su caso. b) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días. d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado. e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo. f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo. g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver. El órgano competente solicitará la emisión del Dictamen en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El Dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente. En todo caso, en el expediente que se remita al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, se incluirá una propuesta de resolución.

se encontraba regulado por el Decreto de 26 de abril de 1957, en su Capítulo II del Título IV, *Indemnización por otros daños*, desarrollado por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF en adelante).

Aun tras la adopción de nuevas regulaciones posteriores, no supone la modificación de las normas procedimentales del Reglamento de desarrollo de la LEF. La LRJPAC es derogada de una manera expresa por la LPAC, mediante el cual se desarrolló en su Título X la regulación de la exigencia de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas, siendo derogado también por la LPAC, el Real Decreto 429/1993, el cual llevaba a cabo el establecimiento por vía reglamentaria de los procedimientos que permiten hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y de las autoridades y demás personal a su servicio. Integrando sus disposiciones tanto en la LPAC como en la LRJSP.

Concretamente, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la indemnización requiere la tramitación de un procedimiento administrativo conforme a las reglas que contiene la LPAC, procedimiento que reconoce dos formas:

a. El procedimiento ordinario que se adecua a las disposiciones del procedimiento administrativo común que contiene la LPAC. Para aquellos casos en que el objeto del procedimiento sea expresamente el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra afectado por las especialidades que la ley establece.

b. El procedimiento simplificado que se puede designar como una aceleración en la tramitación del procedimiento. No elimina tramites, únicamente lo acorta, concretamente se aplica, según el artículo 96.4 LPAC, cuando “el órgano

Cuando el Dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atiende o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente. h) Resolución.

7. En el caso que un procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto en el apartado anterior, deberá ser tramitado de manera ordinaria.”

competente para su tramitación considere que es inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización”.¹¹ De darse estas circunstancias, el órgano competente podrá convenir la tramitación simplificada del procedimiento, en cuyo caso habrá de ser resuelto, tal como se deduce del artículo 96.6 de la LPAC, en el plazo de treinta días, a partir del día siguiente al que se le notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento; transcurrido ese plazo sin haber sido dictada la resolución, según el artículo 24.1 de la LPAC, el silencio también habrá de considerarse desestimatorio.

Con carácter general, el reclamante, salvo en el caso de que la Administración inicie de oficio el expediente de indemnización, debe reclamar en primer lugar la responsabilidad ante la Administración. Se trata de agotar la vía previa de forma que si la Administración deniega la responsabilidad, se podrá plantear entonces ante los tribunales.¹²

Esto se resolverá por el ministro competente en el asunto, o por el órgano correspondiente de las Administraciones locales, o el consejero o titular del Departamento de la Comunidad Autónoma correspondiente.

El derecho de reclamación de la responsabilidad prescribe un año después de que se haya producido la lesión o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto dañino.

En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, según el artículo 67.1 de la LPAC “el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

La jurisprudencia, a efectos de computar el plazo de prescripción, distingue entre: daños permanentes cuando el plazo de un año para exigir la indemnización comienza en el momento en que esas secuelas se han determinado mediante el diagnóstico de la enfermedad o dolencia que da lugar a la indemnización y daños continuados cuando el

¹¹ SANCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Tecno, 12ª Edición, Madrid, 2016, pp. 974-975

¹² Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op. cit., pp. 307-309

plazo de un año para ejercer la acción de responsabilidad se ha de computar desde el momento en que esas secuelas se puedan determinar.¹³

En cuanto a la iniciación del procedimiento:

Si es a instancia de parte: el interesado podrá solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. Se debe incluir en la reclamación el contenido esencial de una solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo ordinario a instancia de parte, con iguales condiciones de mejora y subsanación de la solicitud. Además, se deberá cumplir con los requisitos materiales de la responsabilidad que analizaremos de forma detallada posteriormente.

En todo caso, el Reglamento de los procedimientos de responsabilidad señala como imprescindibles los siguientes: detallar las lesiones que se hayan producido; la hipotética relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público; la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuese posible y el momento exacto en el que efectivamente se produjo la lesión. Además, se le añadirá cuantas alegaciones, documentos e informaciones se consideren oportunos y de la proposición de prueba, precisando los medios de los que desee valerse el reclamante.

En el caso de que la reclamación sea admitida por el órgano competente, el procedimiento se iniciara de oficio en todos sus trámites. Además, se puede acordar la acumulación de la reclamación a otros procedimientos con el que tenga íntima conexión.

Si es de oficio: el acuerdo de iniciación debe adoptarse antes de que haya prescrito el derecho a realizar la reclamación y se notificará a los particulares presuntamente lesionados. Tal como se deduce del artículo 65 de la LPAC se les concede “un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido”.¹⁴

¹³ Vid., SANCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit. p. 973

¹⁴ Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op. cit., pp. 307-308

En cuanto a la solicitud de informes:

El artículo 81.1 de la LPAC establece que “será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión”.

Prosiguiendo, el punto segundo del mismo artículo dispone que “cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la cuantía que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”.

Sobre la tramitación de este informe, los apartados 2 y 3 del punto segundo del artículo 81 de la LPAC, establecen que “el órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91, o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento. El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley”.

En cuanto a la terminación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración:

Una vez que se concluya el trámite de audiencia, el órgano instructor propondrá que se solicite el dictamen del consejo de estado o del órgano consultivo autonómico. Este además, remitirá copia de las actuaciones practicadas a lo largo del procedimiento al consejo del estado o al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

Se rogara que el dictamen se pronuncie principalmente sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público y, en su caso, sobre la valoración de la lesión ocasionada y la cuantía de la indemnización, detallando los criterios que se hayan utilizado para su cálculo.

En este sentido el artículo 91.3 de la LPAC establece que transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído y se haya notificado la resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular.¹⁵

En definitiva, atendiendo a todo lo expuesto, se procede a mantener, que para ejercitar la acción de responsabilidad y presentar la reclamación frente a la Administración el plazo es de un año contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización según el artículo 67.1 de la LPAC, con la excepción de tratarse de daños de carácter físico o psíquico a las personas, empezándose a computar desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pero como novedoso incluye en todas las fases del procedimiento administrativo común el uso obligatorio de medios electrónicos, aunque no se establecen reglas específicas en la utilización de estos medios en los preceptos de la LPAC.¹⁶

4. Requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de una Administración Pública

La escasa regulación encontrada en la LRJSP viene a establecer que no es indemnizable todo daño o perjuicio sufrido por los particulares en consecuencia de una actuación administrativa; para que ello surja deben concurrir los requisitos establecidos en la Ley. Más concretamente, debe de ser una lesión efectiva, individualizada, evaluable económicamente y antijurídica.¹⁷

¹⁵ Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op. cit., p. 309

¹⁶ Vid., MORENO MOLINA J. A. “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la Responsabilidad patrimonial y la Potestad sancionadora de la Administración Pública”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Op. cit., p. 87 - 109

¹⁷ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 950

4.1. Antijuridicidad del daño

La actuación realizada por la Administración que provoca que el daño sea antijurídico es uno de los presupuestos esenciales para que se produzca responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Debemos de entender por lesión antijurídica aquella que procede de una actuación en la cual el particular no tiene la obligación jurídica de soportar el daño. La antijuridicidad no hace alusión a la ilegalidad o legalidad de la acción administrativa que causa el daño o lesión sino al deber de soportar la lesión.¹⁸

Por un lado, el artículo 32.3 de la LRJSP señala que “(...) los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen”.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de junio de 2013 hace alusión a este precepto indicando que: *“es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1.998 (recurso de casación 6282/93, fundamento jurídico tercero).”*¹⁹

Al igual, la Sentencia núm. 531/2015 de 25 junio establece: *“que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla (...). La antijuridicidad no deriva del hecho de que la conducta del autor sea contraria a Derecho, sino que se refiere al perjudicado, en cuanto que éste no tenga el deber jurídico de soportar el daño.”*²⁰

¹⁸ COSCULLUELA MONTANER. L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, 24ª Edición, Madrid, 2013, pp. 539-540

¹⁹ STS de 10 de junio de 2013 (1019/10)

²⁰ SAP de 25 de junio de 2015, (2015\236919)

Por otro lado, el art. 32.1 de la LRJSP señala que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de febrero de 2009, ha declarado que: *“la anulación en la vía administrativa o jurisdiccional de un acto o de una disposición de la Administración no presupone el derecho a indemnización, lo que implica tanto como decir que habrá lugar a ella cuando se cumplan los requisitos precisos. Hay que rechazar, pues, las tesis maximalistas de cualquier signo, tanto las que defienden que no cabe nunca derivar la responsabilidad patrimonial de la Administración autora de un acto anulado como las que sostienen su existencia en todo caso.”*²¹

En la misma línea el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 25 junio de 2015, establece que: *“en supuestos de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, se excluye la antijuridicidad del daño cuando la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados, y cuando, para la aplicación de la norma, hayan de valorarse conceptos jurídicos indeterminados determinantes del sentido de la decisión, en los que es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.”*²²

Para concluir, en cuanto a la obligatoriedad de soportar el daño para dar cumplimiento a una obligación legal, la jurisprudencia hace alusión a criterios de razonabilidad, confianza legítima o proporcionalidad, para la determinación de cuándo un daño es antijurídico o no. Existe tal deber cuando:

- a. Las obligaciones o cargas sean impuestas por las leyes a los ciudadanos o a los grupos o categorías determinadas.

²¹ STS (Sala 3ª) de lo Contencioso-Administrativo, 16 de febrero de 2009 (1887/2007)

²² STS de lo Contencioso-Administrativo, de 25 junio de 2015 (20152917/2015)

- b. El daño es provocado por una actuación discrecional de la Administración en términos razonables y proporcionados.
- c. La lesión es provocada por el riesgo normal derivado de la relación con un servicio público.²³

4.2. Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto de una persona o grupo de personas

Por daño efectivo debe entenderse aquel daño que es cierto, real y no los meramente hipotéticos, previsibles o futuros.²⁴ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1990 en la que se señala que: “(...) *por más que esta realidad o efectividad no solo hayan de tenerse por cumplidas cuando se trata de consecuencias lesivas pretéritas o actuales, sino también de futuro acaecimiento, pero, por supuesto, siempre que, por su carácter fatal derivado de esa anterioridad o actualidad, sean de producción indudable y necesaria, por la anticipada certeza de su acaecimiento en el tiempo (...).*”²⁵

La doctrina jurisprudencial establece que únicamente es indemnizable aquel daño que ya se ha producido, sin que sea posible indemnizar los meramente conjeturados o eventuales, por tanto, se entiende que es necesario que el que lo alega, proceda a su acreditación, es decir probar que dicho daño es efectivo. Respecto de los daños morales, los tribunales españoles reconocen la posibilidad de indemnizar dichos daños.

Por daño evaluable económicamente se entiende aquel daño que se pueda calcular y evaluar en dinero. Para reforzar este concepto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1990 alude a este precepto señalando que el tribunal tras un juicio estimatorio basado en el análisis de todas las pruebas y documentos aportados al proceso se procede a la valoración y cuantificación económica de los daños materiales, físicos o psíquicos padecidos, procurando una indemnización dineraria en compensación por los daños y perjuicios sufridos.

²³ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 951.

²⁴ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 952.

²⁵ STS de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª) de 2 enero 1990 (1990\147)

En cuanto a la valoración del daño moral atendiendo a los pronunciamientos judiciales anteriores al respecto señalan que los Tribunales serán los encargados de valorar y cuantificar la indemnización por daño moral y que se atenderá a lo ocurrido en cada caso en concreto. El primer pronunciamiento judicial en el que se reconoce el derecho de resarcimiento por los daños morales padecidos se produjo el 12 de marzo de 1975, en la sentencia conocida como la de “Los novios de Granada”, desde ese momento los tribunales españoles reconocen infinidad de ocasiones el derecho de resarcimiento del daño moral padecido en un caso de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.²⁶

En cuanto a la valoración del daño sufrido, con el fin de dar respuesta a aquellos daños cuyas consecuencias no se llegan a conocer en su totalidad en el momento en el cual se produce, teniendo en cuenta también, los daños producidos permanentes en el tiempo y en aquellos daños continuados, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2012, recurso de casación 608/2010 señala que: *“por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo.”*

En cuanto a los daños continuados señala la misma Sentencia que se entienden por tales aquellos que *“porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos.”*²⁷

En alusión al daño individualizado, éste tiene como finalidad la exclusión de la responsabilidad por daños o perjuicios generales que se derivan para los ciudadanos de la normal actuación administrativa.²⁸

²⁶ Vid., ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Op. cit., pp. 309-310.

²⁷ STS de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª) de 22 febrero 2012 (20124211)

²⁸ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 953

4.3. Relación de causalidad

Finalmente, para concluir, como último requisito para que la lesión sea indemnizable, es necesario la existencia de un nexo causal entre el resultado lesivo y la actuación de la Administración, el cual debe ser probado en su reclamación por la parte que alegue su existencia.²⁹

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de junio de 2015 señala que corresponde la carga de la prueba a la parte que la afirma, exceptuando los hechos notorios o los hechos negativos indefinidos, los cuales por sus características no es necesario demostrar.

No obstante, sobre el nexo causal, la doctrina hace una diferenciación entre las siguientes teorías:

- a. De la causalidad exclusiva, mediante la cual la responsabilidad de la Administración solo aparece cuando el daño se anuda exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos;
- b. De la equivalencia de las condiciones, por la cual todas las causas que concurren a la producción del daño son indispensables;
- c. De la causalidad adecuada, se distingue la causa idónea o cualificada de las concurrentes, la que concurre en mayor medida al daño, a efectos de determinar la imputación del mismo.

La jurisprudencia apoya mayoritariamente esta última teoría, pero frecuentemente también alude a la segunda, la cual en la práctica atribuye frecuentemente la responsabilidad exclusivamente a la Administración en caso de concurso de causas, ya que la Administración es solvente siempre. Son también frecuentes aquellos supuestos en los cuales se reconoce la responsabilidad de la Administración basándose en una relación de causalidad indirecta del daño con los servicios públicos.³⁰

Pero además puede darse el caso de que, junto con la actividad administrativa, concurren otras causas que lleven a la producción del daño, concretamente hablamos de la propia actuación culposa o negligente de la víctima, la intervención de un tercero en la

²⁹ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 960

³⁰ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 960

creación del daño a la víctima y finalmente, la actividad de otra Administración donde distinguimos entre dos supuestos:

- a. En caso en que las Administraciones obren de forma conjunta, la regla general que se establece es la solidaridad.
- b. En los demás supuestos, la responsabilidad se determinará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

En definitiva, desde el punto de vista teórico, según la doctrina, cabe establecer que la Administración procede a indemnizar cuando pueda hallarse, objetivamente, que el daño causado deriva de forma normal, ordinaria, o esperada, de la actuación administrativa, de modo que dicha actuación administrativa se pueda considerar como adecuada o idónea para causar el daño alegado. Además, cuando junto a la Administración responsable, existe un tercero corresponsable del daño, la administración principalmente implicada no responderá por sí sola, sino que deberá graduarse la incidencia de cada uno de los causantes para imputar proporcionalmente la responsabilidad entre ellos.

No obstante, desde el punto de vista práctico, el nexo causal es el concepto jurídico ambiguo al que a menudo recurren Juzgados y Tribunales para justificar en cada caso, bajo complejas discusiones doctrinales, aquella decisión que les parece más conveniente, vistas las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y la indemnización a que las Administraciones deberán hacer frente.³¹

³¹ AGUILERA C., “Relación de causalidad y concurrencia de causas en la responsabilidad patrimonial de la Administración: Teoría y práctica” en *Cuch-Aguilera Legal*, publicación de 26 enero de 2016; disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/2016> (visto el 3 de mayo de 2016)

III. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PRIVADO.

1. Introducción

Para la realización del marco teórico de las entidades instrumentales de Derecho Privado, inicialmente debemos de hacer referencia al sector público. Sector público que comprende dos esferas:

- a. Las Administraciones Públicas territoriales: constituidas por tres niveles, que se diferencian por poseer cada uno de ellos personalidad jurídica propia, concretamente hablamos de la Administración General del Estado cuyas competencias se extienden por todo el territorio español, Administraciones de la Comunidad Autónoma cuyas competencias abarcan el territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma y las Entidades Locales que desarrollan sus competencias sobre el término municipal o provincial correspondiente.
- b. El Sector Público institucional: en el cual se puede hallar un grupo de Administraciones con carácter estrictamente instrumental que dependen de una administración matriz, que pueden ser creadas con personalidad jurídica propia, diferente de la Administración matriz, precisamente hacemos alusión a las Administraciones especializadas, universidades públicas, sociedades mercantiles del sector público y las fundaciones del sector público.³²

En este sentido, en cuanto a la composición y clasificación del sector público institucional estatal, el art. 84.1 de la LRJSP establece que el mismo se encuentra formado por las siguientes entidades:

- a) “Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales);

³² CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecno, 13ª Edición, Madrid, 2016, p. 287

- b) Las autoridades administrativas independientes;
- c) Las sociedades mercantiles estatales;
- d) Los consorcios;
- e) Las fundaciones del sector público;
- f) Los fondos sin personalidad jurídica;
- g) Las universidades públicas no transferidas.”

Para profundizar más, aclaramos que las entidades que integran el sector público institucional dificulta la sujeción a un régimen común ya que unas se consideran Administraciones Públicas y otras entidades jurídicas privadas. Por ello, el legislador establece que las entidades que integran el sector público institucional deben respetar en su actuación y relaciones tanto los principios consagrados en el art. 81.1 de la LRJSP: el principio de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el principio de transparencia en su gestión, como aquellos que se recogen en el art. 3 de la LRJSP:

- a) “Servicio efectivo a los ciudadanos;
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos;
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa;
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión;
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional;
- f) Responsabilidad por la gestión pública;
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas;
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados;
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales;
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos;
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas”.³³

³³ BARRERO RODRIGUEZ C., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecno, 3ª Edición, Madrid, 2016, p. 117

Además según el artículo 87 de la LRJSP, existe la posibilidad de que cualquier entidad de cada sector público institucional puede transformarse y adoptar, mediante el principio de mutabilidad, la forma y naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades de cada ámbito, aunque la LRJSP puede imponer mayores controles, en cuanto a la transformación de una entidad pública empresarial en sociedad mercantil estatal, ya que puede ser utilizada como huida de los controles de derecho administrativo.³⁴

En definitiva, como síntesis de lo expuesto cabe insistir en las siguientes ideas fundamentales: que las Administraciones Públicas no hacen uso únicamente de las organizaciones instrumentales de Derecho Público, como los Organismos Públicos y demás Entidades de Derecho Público, para la realización de determinadas actividades, sino también de las pertenecientes al Derecho Privado, como sociedades mercantiles y fundaciones; que estas entidades privadas creadas por las Administraciones Públicas, producen consecuencias considerables, por ser dependientes y controladas por parte de una Administración, aunque no tienen consideración formal de ser Administraciones Públicas puesto que su forma jurídica pertenece al Derecho Privado; que todas estas, sean o no Administraciones, realizan en mayor o menor medida fines conectados con intereses públicos.³⁵

2. Evolución y Clases

2.1. Concepto y evolución

En primer lugar, podemos definir la sociedad mercantil pública como aquella que se constituye conforme a las reglas del Derecho mercantil, en forma de sociedad anónima, de responsabilidad limitada que está *controlada* por una Administración u organismo público, ya sea mediante la titularidad directa o indirecta de la totalidad o de la mayoría del capital social ya sea mediante otras fórmulas excepcionales, como puede ser el nombramiento de la mayoría de los consejeros o administradores.³⁶

³⁴ Vid. CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., p. 289

³⁵ Vid. BARRERO RODRIGUEZ C., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Op. cit., p. 116

³⁶ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 430

El ordenamiento administrativo confiere la oportunidad a las Administraciones Publicas de participar o fundar sociedades mercantiles, creando así sociedades de capital social completamente público, o bien las llamadas “Sociedades de Economía Mixta”. Éstas son de titularidad pública, destinadas tradicionalmente para el ejercicio de actividades mercantiles o industriales.

Desde finales del siglo XX se empezaron a dar otras utilidades y no únicamente para actividades empresariales, sino que también para la gestión de actividades de las propias Administraciones Públicas de las que dependen, más concretamente nos referimos a la gestión de su patrimonio y de inversiones en obras públicas e infraestructuras.³⁷

Precisamente podemos hacer alusión, tal como cita SÁNCHEZ MORON, a las sociedades urbanísticas, nacidas con el objetivo de la realización de la gestión de urbanización de terrenos públicos y de explotación de las obras resultantes, además de la gestión del patrimonio público del suelo, aunque sin olvidarnos de las sociedades fundadas por los poderes públicos para el fomento del desarrollo industrial de algunas regiones.³⁸

En segundo lugar, a partir de 1994 el legislador prevé la posibilidad de la creación de fundaciones (personas jurídico-privadas, para fines de interés general, tal como los define el art. 34 CE) por parte de las Administraciones Publicas para poder salvaguardar las exigencias del régimen administrativo. Éstas son utilizadas en el marco de ciertos servicios públicos, como pueden ser tanto la educación (Fundaciones Universidad-Empresa), sanidad (Fundaciones hospitalarias) como los servicios sociales.³⁹

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2011 hace alusión a tal posibilidad, estableciendo: “*que no supone el ejercicio del derecho de fundación reconocido a los particulares en el art. 34.1 CE sino el de la potestad de auto-*

³⁷ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 301-302

³⁸ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 432

³⁹ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 301-302

*organización que corresponde a las Administraciones territoriales, presentando en consecuencia, estas fundaciones un carácter instrumental”.*⁴⁰

2.2. Clases: sociedades mercantiles y fundaciones del sector público

Por un lado vamos a abordar, las sociedades mercantiles estatales como entidades instrumentales pertenecientes al Derecho Privado, las cuales se encuentran reguladas en el Capítulo V, Título II de la LRJSP, más concretamente desde el art. 111 hasta 117, pero además nos encontramos con ciertas disposiciones referentes de las mismas en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP) y en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP).

En este sentido, nos respaldamos en la cita realizada por SANCHEZ MORON para el que, con carácter general, las sociedades del sector público se rigen por el Derecho Privado, tanto en lo referente a su organización como a su actividad, además afirma que, para evitar el aprovechamiento de ventajas ilícitas o el comportamiento discriminatorio para otras empresas, se encuentran bajo las reglas del Derecho de la competencia, al igual que las empresas privadas. Además establece que las mismas no pueden ejercer facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, aunque el art. 113 de la LRJSP les permite ejercer ciertas funciones de carácter excepcional: la adjudicación de ciertos contratos o la administración de bienes de titularidad pública.⁴¹

En definitiva estas entidades jurídico-privadas no son Administraciones pero se integran en el concepto de “sector público” o de “entidad instrumental” siempre que la Administración a la que están adscritas posea más de 50 por 100 de las acciones en la empresa o alguna prerrogativa establecida que le permita dominarla.

El art. 111 de la LRJSP define las sociedades mercantiles estatales como aquellas sobre la que se ejerce el control estatal:

⁴⁰ STC 120/2011 de 6 de julio publicada en BOE núm. 184, de 02 de agosto de 2011

⁴¹ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 434

“a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100.

b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes. En su denominación deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad mercantil estatal» o su abreviatura «S.M.E.»”

Por otro lado, vamos a tratar las fundaciones del sector público, como entidades instrumentales pertenecientes al Derecho Privado, reguladas en el Capítulo VII de la LRJSP, exactamente en el art. 128 hasta 136.

Estas fundaciones, debido a su naturaleza privada, no pueden ejercer potestades públicas, pero sí pueden realizar actividades sin ánimo de lucro relacionadas con las competencias de las entidades públicas fundadoras, contribuyendo a sus fines, sin que pueda asumir competencias propias de estas entidades, excepto previsión legal expresa (art.128.2 de la LRJSP).

En este sentido el art. 128.1 de la LRJSP los define como aquéllas que reúnan los siguientes requisitos:

“a) Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución;

b) Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente;

c) La mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal. En la denominación de las fundaciones del sector público estatal deberá figurar necesariamente la indicación «fundación del sector público» o su abreviatura «F.S.P.»”.

3. Principios Rectores

A grandes rasgos, las entidades que integran el sector público institucional deben respetar en su actuación y relaciones tanto los principios consagrados en el art. 81.1 de la LRJSP: el principio de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el principio de transparencia en su gestión, como aquellos que se recogen en el art. 3 de la LRJSP.

En principio si atendemos a lo expuesto en el artículo 112 de la LRJSP podemos destacar que tanto las sociedades mercantiles estatales como las fundaciones del sector público se rigen por los siguientes principios: de eficiencia, transparencia y buen gobierno en su gestión con el fin de agilizar y promover las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad. Concretamente:

- El principio de eficiencia: que tiene por finalidad lograr la prestación al ciudadano de los servicios públicos de una manera adecuada y favorable. La LRJSP, entre los principios generales que enuncia en su artículo 3.1 h) cita el de “Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados” que según la jurisprudencia guarda una relación estrecha: con el principio de coordinación, que tiene por objeto la unión de actividades de distintas Administraciones Públicas con el logro de una finalidad común; con el principio de colaboración, que según el artículo 140 de la LRJSP, es el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes y con el principio de cooperación, que de igual manera se refiere a dos o más Administraciones Públicas que asumen compromisos específicos en cuanto a una acción común de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, tal y como hace alusión a este precepto el artículo 140 c) de la LRJSP.

-El principio de transparencia y buen gobierno: que tiene por objeto controlar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantizar el derecho de acceso a la información pública. Es decir que se proceda a la aplicación correcta de la Ley con el fin de agilizar y promover las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.⁴²

⁴² Vid., BARRERO RODRIGUEZ C., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Op. cit.,p.164

En este sentido el art. 112 de la LRJSP expresamente establece, en cuanto a las sociedades mercantiles estatales, que “la Administración General del Estado y las entidades integrantes del sector público institucional, en cuanto titulares del capital social de las sociedades mercantiles estatales, perseguirán la eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de dichas sociedades mercantiles, para lo cual promoverán las buenas prácticas y códigos de conducta adecuados a la naturaleza de cada entidad.”

Todo ello, tal como establece la LPAP, siempre que el accionista proceda a ejercer la supervisión general sobre el funcionamiento de la sociedad mercantil estatal.

4. Régimen Jurídico

4.1. Creación

En lo que se refiere a la creación de una sociedad mercantil estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida se establece según el artículo 114.1 LRJSP que será autorizada mediante acuerdo del Consejo de Ministros que deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan de actuación con un contenido mínimo determinado. En el ámbito autonómico, la creación de una sociedad mercantil, con carácter general le corresponde al Consejo de Gobierno, aunque en ocasiones se exige una ley del respectivo Parlamento. En el ámbito local, requiere el acuerdo del Pleno.⁴³

No obstante, la creación de una fundación del sector público según el artículo 132.2 de la LRJSP “se realizará por ley que establecerá los fines de la fundación y, en su caso, los recursos económicos con los que se le dota”, aunque los Estatutos se aprobarán por Real Decreto de Consejo de Ministros. Además, es de interés saber que tal como establece el artículo 129.1 de la LRJSP los estatutos de cada fundación determinarán la Administración Pública a la que estará adscrita, de acuerdo con los criterios fijados en la Ley.

⁴³ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., p. 303

Concretamente según el artículo 129.2 de la LRJSP, las fundaciones del sector público quedan adscritas en cada ejercicio presupuestario a la Administración Pública, siempre que “dispongan de mayoría de patronos; que tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos; que tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo; que tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato; que financien en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año; que ostenten el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial”.

Prosiguiendo el punto tercero del mismo artículo establece que en caso de participar en fundaciones entidades privadas sin ánimo de lucro, la fundación del sector público estará adscrita a la Administración que resulte de acuerdo con los criterios expuestos anteriormente.

Finalmente en caso de cambiar de adscripción a una Administración Pública, sufrirá la modificación de los estatutos que deberá realizarse en un plazo no mayor a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquél en se produjo el cambio de adscripción tal como lo establece el artículo 129.4 de la LRJSP.

4.2. Objeto

Tal como nos cita BARRERO RODRIGUEZ, las sociedades mercantiles estatales buscan la gestión de un servicio público pero además el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas (art. 85.2 y 86 de la LRJSP), en cambio las fundaciones del sector público buscan la realización de actividades sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de los fines de interés general, sin perjuicio de que el servicio sea realizado de forma lucrativa u onerosa.⁴⁴

En este sentido el artículo 128.2 establece que “(...) únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello

⁴⁴ Vid., BARRERO RODRIGUEZ C., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 144-147

suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas. (...).”

Anteriormente a la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) llevada a cabo por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se instauró un límite en el ámbito local, concretamente de que las sociedades mercantiles estatales no podían disponer de facultades que suponen el ejercicio de autoridad pública, límite que también se adoptó por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones. En definitiva no se trataba de reglas básicas sino aplicables exclusivamente al sector público estatal, ya que fueron adoptadas por diversas Comunidades Autónomas.

Actualmente queda eliminado tal límite en el ámbito local. Haciendo referencia a las sociedades mercantiles estatales, el artículo 113 de la LRJSP establece 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”. En cuanto a fundaciones del sector público, el artículo 128.2 de la LRJSP mantiene el límite de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, estableciendo que este tipo de fundaciones no podrán ejercer potestades públicas.⁴⁵

4.3. Tutela

En primer lugar, la tutela de las sociedades mercantiles estatales la podemos encontrar regulada en el art. 116 de la LRJSP, pero también de una manera muy similar la podemos encontrar en el art. 176 y siguientes de la LPAP. Según el art. 116 de la LRJSP:

“1. Al autorizar la constitución de una sociedad mercantil estatal con forma de sociedad anónima, de acuerdo con lo previsto en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, el Consejo de Ministros podrá atribuir a un Ministerio, cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, la tutela funcional de la misma.

⁴⁵ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 303-304

2. En ausencia de esta atribución expresa corresponderá íntegramente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el ejercicio de las facultades que esta Ley y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, otorgan para la supervisión de la actividad de la sociedad.

3. El Ministerio de tutela ejercerá el control de eficacia e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual, previa conformidad, en cuanto a sus aspectos financieros, de la Dirección General del Patrimonio del Estado si se trata de sociedades cuyo capital corresponda íntegramente a la Administración General del Estado, o del organismo público que sea titular de su capital.

4. En casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución.

5. Cuando las instrucciones que imparta el Ministerio de tutela impliquen una variación de los Presupuestos de Explotación y Capital de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el órgano de administración no podrá iniciar la cumplimentación de la instrucción sin contar con la autorización del órgano competente para efectuar la modificación correspondiente.

6. En este caso, los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido estas instrucciones actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 236 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas”.

En segundo lugar, en cuanto a la tutela de las fundaciones del sector público, se encuentran reguladas tanto en la LRJSP como en la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones, según el art. 134 LRJSP:” El Protectorado de las fundaciones del sector público será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia, que velará por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa sobre fundaciones, sin perjuicio del control de eficacia y la supervisión continua al que están sometidas de acuerdo con lo previsto en esta Ley”

En este sentido, tanto el CASADO GAMERO como RAMOS FERNANDEZ, hacen alusión a ambos supuestos estableciendo, que el Ministerio de tutela llevará a cabo el control funcional y de eficacia sobre la base del plan de actuación anual en relación con las sociedades mercantiles estatales, instruyendo además a la sociedad en relación con las líneas de actuación estratégica y fijando las prioridades en la ejecución de las mismas (art. 114.1 LRJSP y art. 177 LPAP). Cuando se trata de interés público, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para la realización de unas actividades muy concretas (art. 116.4 LRJSP y art. 178 LPAP). En relación con la tutela de las fundaciones del sector público, las podemos encontrar reguladas tanto en la LRJSP como en la Ley 50/2002 de Fundaciones. El Protectorado de las fundaciones del sector público es llevado a cabo por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia, velando por llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones fijadas en la normativa sobre fundaciones, sin perjuicio del control de eficacia y la supervisión al que se encuentran sometidas estas entidades de una manera bastante continua (art. 134 LRJSP y art 34.2 Ley 50/2002 de Fundaciones).⁴⁶

4.4. Actuación

En cuanto a la actuación de tales entidades expone BARRERO RODRIGUEZ, que tanto las sociedades mercantiles estatales como las fundaciones del sector público en su actividad, con un carácter muy general, en su relación con terceros, ambas se rigen por el ordenamiento jurídico privado (art. 113 y 130 LRJSP, art. 166.2 LPAP y art. 85 ter de la LBRL). En el mismo sentido se manifiesta CASADO GAMERO y RAMOS FERNANDEZ.

A pesar de esta afirmación, atendiendo a las fuentes jurisprudenciales, podemos observar un gran número de sentencias, todas ellas mostrando la violación del art. 23.2 CE. Por este motivo se consideró, que en aquellos casos de sociedades mercantiles con capital solo y exclusivamente público, pueden considerarse pertenecientes al poder

⁴⁶ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., p. 304

público, y como resultado sea de aplicación las reglas propias del Derecho Público, buscando garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.⁴⁷

Además, las sociedades mercantiles y las fundaciones que forman parte del sector público institucional quedan sujetas en ciertos aspectos a normas del Derecho Público. Como hemos hecho referencia anteriormente, es posible destacar de estas entidades ciertos aspectos del Derecho Público:

En primer lugar, se encuentran sometidas tanto a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, al principio de transparencia en su gestión, así como a los demás principios generales que rigen la actuación de las Administraciones públicas (art. 2.2 b), 3, y 81.1 de la LRJSP).

Según el art. 117.1, 130 y 132.1 de la LRJSP, en relación al gasto público y al presupuesto se establece que en los Presupuestos Generales del Estado estarán incluidos tanto la totalidad de los gastos como la totalidad de los ingresos del sector público estatal, por lo que estas entidades se encuentran sujetas a la Ley General Presupuestaria.

En segundo lugar, en cuanto a titulares de órganos de gobierno, de acuerdo con el art. 1.2 de la Ley 3/2015 de 30 de marzo, ostentan la condición de altos cargos los presidentes, los vicepresidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados de entidades del sector público tanto fundacional como empresarial, que tengan la condición de máximos responsables de las entidades y cuyo nombramiento se llevará a cabo por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno.

En tercer lugar, en cuanto al personal que presta servicios en estas entidades, no ostenta la condición de empleado público, al no ser Administraciones Públicas, por tanto, se rigen por el Derecho laboral, pero a la misma vez se encuentran sujetos a determinadas reglas del Derecho Público. Se encuentran sujetos a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales pudiendo imponer límites y restricciones a las retribuciones; además contamos con que la selección de este tipo personal debe regirse por los principios constitucionalmente

⁴⁷ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 304-306

reconocidos como el de igualdad, mérito y capacidad, y en el desempeño de sus funciones este personal se encuentra sujeto a los principios éticos y de conducta propios de los empleados públicos(art. 81.1; 117.4 LRJSP y art 47.4 de la Ley 50/2002 ,de Fundaciones).

Además, en cuanto a la contratación pública, estas entidades jurídico-privadas se encuentran sujetas a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 192.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [en adelante TRLCSP] y art. 46 de la Ley 50/2002 de Fundaciones).⁴⁸

En cuanto a la transparencia, hay que señalar que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno, así como en su caso, en las leyes autonómicas de la materia, establecen aquellas reglas a las cuales quedan sujetas con la peculiaridad de que el control sobre los actos de estas entidades en este ámbito corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. A tal fin deben mantener cuentas separadas sobre la ayuda que reciben y su destino (art. 23.1 de la Ley 19/2013).⁴⁹

Para concluir, en cuanto a la responsabilidad patrimonial de estas entidades de acuerdo con el art. 81.3 de la LRJSP, las sociedades mercantiles y las fundaciones pertenecientes a este sector, se rigen por el sistema de responsabilidad patrimonial extracontractual de las Administraciones Públicas.

⁴⁸ Vid., CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Op. cit., pp. 304-306.

⁴⁹ Vid., SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Op. cit., p. 435

IV. LA EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS SUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE DERECHO PRIVADO

En el punto final de este trabajo nos centraremos, en la responsabilidad patrimonial que asumen las entidades instrumentales pertenecientes al Derecho Privado, más concretamente en su alcance pero sin dejar de lado el significado del art. 35 de la LRJSP ya que se trata de aspectos cada vez más discutidos que surgen debido a los cambios introducidos respecto de la LRJPAC, tras la entrada en vigor de la LPAC y LRJSP.

Se busca dar explicación tanto a la situación anterior, donde al amparo de art. 144 LRJPAC, “cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones del derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley”, como actual donde al amparo del art. 35 de la LRJSP “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”.

1. Situación anterior

Tal y como nos cita, COSCULLUELA MONTANER, anteriormente, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de las relaciones de Derecho Privado, se modificó en relación a lo dispuesto en el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. El Texto refundido de 26 de julio de 1957, ya derogado, imponían según el art. 144 de la LRJPAC la responsabilidad directa a la Administración, por los daños y perjuicios que podría haber sido causados por el personal de cualquier naturaleza, que se encuentre a su servicio es decir, el sistema de responsabilidad por daños de la Administración no varía, independientemente de la naturaleza de la actividad o del tipo de relación en que la Administración origine el daño.

En definitiva, se eliminó cualquier referencia a la culpa y a la responsabilidad en vía subsidiaria con relación al autor material de los daños. La Administración responde por la actuación directa, aunque derive de relaciones de Derecho Privado.

Prosiguiendo, esta responsabilidad era exigible mediante el mismo procedimiento que la responsabilidad administrativa extraída de una relación jurídica pública o del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Por ello, estábamos ante una unificación procedimental y jurisdiccional en la resolución de los supuestos de responsabilidad de las Administraciones Públicas sea cual sea la naturaleza de las causas que lo originaron o el tipo de relación, pública o privada que conlleva la responsabilidad.⁵⁰

2. Situación actual en las dos nuevas Leyes

En la actualidad, no sólo viene recogida la importancia de lo establecido en el art. 2 de las nuevas Leyes, en cuanto a las actuaciones del sector público de Derecho Privado, concretamente de las sociedades mercantiles y fundaciones, sino que también viene recogida la importancia de lo plasmado en el art. 35 de la LRJSP, que se encuentra bajo la rúbrica de *responsabilidad de Derecho Privado* que, tal y como hemos expuesto anteriormente, sustituye el art. 144 de la LRJPAC.

En relación a su contenido, destacamos la gran diferencia encontrada que actualmente establece lo siguiente: “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 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”. Sin embargo en el art. 144 se buscaba poner de manifiesto que cualquiera que sea la naturaleza de la actividad, tanto pública como privada, o el tipo de relación de que origine el daño causado por la Administración, el régimen jurídico aplicable será el de los arts. 139 y siguientes de la citada Ley.

⁵⁰ COSCULLUELA MONTANER L., *Manual de derecho administrativo*, Civitas, 24ª Edición, 2013, p. 545

La nueva redacción del art. 35 de la LRJSP consiste en extender y aplicar el antiguo sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas expuesto en los arts. 139 y siguientes de la anterior LRJPAC o, a partir del 2 de octubre de 2016, en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, a los daños originados a terceros por las entidades de Derecho privado del sector público, hecho el cual no fue posible reconocer en el marco del art. 144 de la LRJPAC, cuya redacción traía causa de la Ley 4/1999 haciendo alusión a daños originados por una Administración Pública, sin ser posible extender este régimen de responsabilidad a las entidades de Derecho privado dependientes o vinculadas a la Administración.⁵¹

En definitiva se extiende el ámbito propio de la responsabilidad extracontractual de Derecho Público a las actuaciones de la Administración sometidas al Derecho privado no solo cuando la Administración actúa directamente sino también cuando actúa a través de personaciones de Derecho Privado.⁵²

3. La cláusula de retorno al Derecho administrativo

La cláusula de retorno al Derecho Administrativo protagonizada por el art.2.2 b) y el art.35 de la LRJSP trata de una figura imprescindible de aplicación a las entidades instrumentales de Derecho Privado del nuevo régimen jurídico de Derecho Público formado por:

- a. La aplicación de los principios generales de los arts. 3 y 81 de la LRJSP, que deben tenerse en cuenta en su actuación y en sus relaciones por las entidades de Derecho Privado de la Administración;
- b. La aplicación de la LPAC y LRJSP cuando éstas entidades ejerzan potestades administrativas;
- c. La aplicación del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho Privado del sector público. Todo ello

⁵¹ Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ. I. J., “El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho Privado de la Administración” en la *Revista Nueva Época*, Op., cit., pp. 65-76

⁵² GARCIA LUGANO J., Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos, en la *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016.

representa el restablecimiento del Derecho Público administrativo como ordenamiento común de las Administraciones Públicas y mayor seguridad jurídica.

La ampliación del ámbito de aplicación de Derecho Administrativo a las fundaciones y a las sociedades mercantiles encuentra su justificación en dos fundamentos:

-En el concepto moderno del sector público fijado en el Derecho comunitario europeo.

-En el régimen de Derecho Público aplicable al sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración y al ejercicio de las potestades administrativas, indisponibles para la Administración y no apto para la inaplicación mediante el ejercicio de su potestad organizativa, porque de lo contrario estaríamos ante una conducta de la Administración en fraude de ley y de la Constitución, del sistema resultante, con su pertinente pérdida tanto de seguridad como de garantías jurídicas para los particulares afectados.⁵³.

4. Valoraciones finales

Para comenzar atenderemos a la regulación anterior, más concretamente a los arts. 2 y 144 LRJPAC, que regulaba la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas territoriales en el sentido estricto del art. 2.1 LRJPAC y de las Administraciones instrumentales como las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes tal como lo establecía el art. 2.2 LRJPAC.

A continuación, por un lado, según el art 144 de la LRJPAC las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad, aun actuando en régimen de Derecho privado, se regirán por el régimen administrativo establecido en la LRJPAC. De este modo se evitaban posibles dudas o controversias. Por otro lado, el régimen de responsabilidad de las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de una Administración Pública, era privado, por simple hecho de que la LRJPAC no acogía a estos entes. Apoyando lo anterior podemos encontrar una gran una variedad de

⁵³ Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ. I. J.”El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho Privado de la Administración “en la *Revista Nueva época Op.*, cit. pp. 65-76

jurisprudencia del Tribunal Supremo tratando de trazar una línea causal y de imputación entre el daño y la competencia o a la responsabilidad por el servicio de una Administración territorial matriz, con el objetivo de poder aplicar el régimen jurídico de la LRJPAC.⁵⁴

Como por ejemplo la Sentencia de 22 de diciembre de 2014, en la cual el Tribunal Supremo no pudo afirmar que las sociedades privadas como Metro de Madrid se rigen por la LRJ-PAC, pero si estableció que quien actuaba detrás de estas empresas privadas era la Administración matriz, más concretamente la Comunidad de Madrid en relación con la empresa de Metro de Madrid:

“Tal y como ya se hizo constar en la Orden por la que se inadmitía la reclamación, hay que reiterar que Metro de Madrid es una entidad de derecho privado, sometida, por tanto, a las normas del derecho civil y mercantil, y es a ella a quien corresponde tramitar la reclamación del recurrente, La Consejería de Transportes no es competente para tramitar una reclamación presentada contra una sociedad anónima, sometida al Derecho Civil y Mercantil, a la que, en consecuencia, no se le aplica las normas contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...) En conclusión, como resulta de todo lo anterior, la titularidad del servicio público de transportes de viajeros de uso general en el seno del cual se produjeron los hechos de los que dimanar la responsabilidad patrimonial que se pretende, corresponde a la Comunidad de Madrid y, aunque el servicio se preste por «METRO DE MADRID, S.A», es porque la Comunidad Autónoma le ha atribuido la correspondiente concesión administrativa, por lo que, aunque dicha entidad sea privada y actúe sometida al Derecho Privado en sus relaciones con los viajeros, es claro que el Consorcio Regional de Transportes Públicos de Madrid no debió rechazar «a limite» la reclamación del recurrente, sino que debió tramitarla y resolver la cuestión de fondo.”⁵⁵

En definitiva la exclusión de las sociedades privadas del ámbito subjetivo de aplicación de la LRJPAC ha tenido como finalidad forzar la imputación del resultado

⁵⁴ VELASCO CABALLERO F., “Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP” en *UAM BLOG*, publicación de 7 de julio de 2016, disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=394> (visto el 3 de mayo de 2017)

⁵⁵ STS (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) 22 de Diciembre de 2014 (1972/2013)

dañoso a la Administración matriz, por lo que de este modo se procede a la eliminación tanto de la aplicación del Derecho Privado de la responsabilidad, como de toda responsabilidad patrimonial de las empresas instrumentales directamente causantes de un daño a terceros.

Para continuar, nos pararemos al nuevo concepto de sector público regulado en el art. 2 de la LRJSP pudiendo observar que la ley integra las entidades privadas vinculantes o dependientes en el régimen de la responsabilidad administrativa, por lo que según el art. 32 y siguientes de la LRJSP la responsabilidad de estas entidades es pública. Inicialmente surgen dudas en cuanto a la responsabilidad que ha de exigirse directamente de la entidad privada dependiente o de la Administración matriz, aunque tales dudas ya fueron disueltas, ya que quedó claro que los daños causados por estas entidades privadas vinculadas también son regidas por el régimen de la responsabilidad administrativa de la LRJSP.⁵⁶

Como ejemplo, en este sentido, hay que prestar atención a la reforma de la LBRL hecha por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local en la cual podemos observar, en la nueva Disposición Adicional novena de la LBRL, la separación entre el patrimonio del Ayuntamiento y el de sus entidades instrumentales, prohibiéndose de manera expresa para los Ayuntamientos con plan económico-financiero o plan de ajuste cualesquiera “aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación”.

En resumidas cuentas debemos diferenciar entre dos opciones, en cuanto al autor del daño antes de que aparezcan las dudas en cuanto al procedimiento administrativo. Bajo mi punto de vista procederemos a distinguir entre:

- a. El daño causado por la sociedad instrumental como consecuencia inmediata de criterios, directrices, programas o instrucciones de la Administración matriz, donde la responsabilidad será directamente de ésta;

⁵⁶ Vid., VELASCO CABALLERO F., “Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP” en *UAM BLOG*, publicación de 7 de julio de 2016, disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=394> (visto el 3 de mayo de 2017)

- b. El daño derivado de la gestión misma del servicio, en el marco operativo controlado o decidido inmediatamente por la sociedad estatal, aquí la responsabilidad será de la propia empresa, aunque en régimen de Derecho administrativo.

En relación al procedimiento administrativo común aplicable a una empresa privada deriva de lo establecido en el art. 2.2, b) LPAC: “se aplica a las entidades privadas dependientes en todo caso, cuando ejerzan potestades públicas”. El procedimiento a llevar a cabo sería el de la LPAC, en consecuencia de que la apreciación de la propia responsabilidad por daños originados en el ejercicio de una tarea pública es una “potestad administrativa”.

V. CONCLUSIONES.

Para concluir este trabajo, procederemos a recapitular las ideas centrales de este breve acercamiento a la materia objeto de estudio ya que nos encontramos ante un tema de inabarcable complejidad, el cual es el régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública pero también el régimen actual de las entidades instrumentales de Derecho Privado. Nuestro objetivo fundamental ha sido vincular ambas instituciones, a fin de aprovechar su reciente modificación normativa a nivel estatal para profundizar en el análisis de una cuestión práctica que nos ha parecido sumamente interesante, la operatividad del sistema de responsabilidad extracontractual administrativa en la actuación de entes privados pero pertenecientes al sector público.

Situándonos en la materia, en primer lugar hemos procedido a hacer referencia a la primordial fuente de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, aunque no la única, nos referimos al art. 106.2 CE, el cual consagra, el principio general de responsabilidad de la Administraciones, es decir, el derecho de los particulares a ser indemnizados “ por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos ”. La Constitución, no hace referencia al tipo de funcionamiento, normal o anormal, sino que simplemente reenvía a los términos establecidos por la Ley, dejando margen para la adopción de distintas soluciones.

En segundo lugar, hacemos referencia a la LRJSP y la LPAC las cuales se procedieron a elaborar por la necesidad que surge de asignación al sistema legal español de un Derecho Administrativo coherente, sistemático y ordenado. Hemos recopilado de distintos libros y revistas la evolución sufrida por este sistema, más concretamente nos remitimos a los art. 139 y siguientes de la LRJPAC, los cuales mostraban un desarrollo de la materia de una forma unitaria, consignando los principios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y las principales reglas de su procedimiento de exigencia, desarrolladas por el RD 429/1993, sobre procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

La nueva legislación básica administrativa modifica esta sistemática, con la finalidad de dotar el sector público de una mayor eficacia, de eliminar las duplicidades que le afectaban y de simplificar los procedimientos a través de los cuales los ciudadanos y las empresas se relacionan con la Administración. En consecuencia el contenido normativo queda desdoblado en dos disposiciones: los art. 32 y siguientes de la LRJSP recogen los principios y las reglas sustantivas de la responsabilidad patrimonial; en tanto que las normas de procedimiento se expanden a lo largo de la LPAC, derogándose el RD 429/1993, estableciendo los criterios de cada fase del procedimiento de responsabilidad patrimonial a lo largo del articulado de la Ley. El objetivo del sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual es, hoy, evitar de forma sistémica que las consecuencias lesivas originadas de las actividades públicas sean soportadas por el sujeto que sufre de forma antijurídica una lesión. Pero este loable propósito puede plantear, a nuestro juicio, determinados problemas dogmáticos e interpretativos, entre otros, el que hemos planteado y estudiado en este Trabajo Fin de Grado, la traslación de las exigencias, formales y materiales, del modelo público de responsabilidad administrativa a la actuación instrumental de entidades de gestión de Derecho privado, detrás de las cuales, obviamente, se encuentra una Administración Pública, sobre todo cuando las nuevas Leyes insisten en los principios de control preventivo y supervisión continua de las entidades públicas especializadas, pero cuya forma y régimen jurídico de actuación son, claramente, de Derecho privado.

Adentrándome en el objeto conductivo al origen de este trabajo, haciendo referencia a las entidades instrumentales pertenecientes al Derecho Privado, deseo llamar

poderosamente la atención a una cierta novedad legislativa, que se ha implantado tras la entrada en vigor de la LPAC y la LRJSP, que resulta de importancia para el Derecho Administrativo, concretamente hablamos del reconocimiento formal y expreso del ejercicio de potestades administrativas por tales entidades vinculadas o dependientes de la Administración Pública con el objetivo de reconducir al Derecho Administrativo en el control del ejercicio de competencias administrativas, sea cual sea la naturaleza y el régimen jurídico del ente del sector público actuante. Por este motivo se eliminan los límites legales en relación al comportamiento de las Administraciones Públicas en la creación de entidades de Derecho Privado y en sus relaciones con terceros, precisamente de “no poder disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública” o “potestades públicas”, que durante décadas ha regido.

Desde nuestro propósito de análisis positivo, hemos analizado la nueva regulación del sector público a nivel básico en nuestro ordenamiento, así como su nueva sistemática y ordenación, desde la diferenciación nuclear entre Administraciones Públicas y el resto de entes integrantes del sector público, para recalcar en el análisis somero de las entidades institucionales de base privada, las sociedades públicas mercantiles y las fundaciones públicas, a las que la LRJSP presta, sobre todo en su dimensión estatal, una mayor atención y especificidad que la normativa anterior, desde los propósitos clave de fortalecer los mecanismos de control y seguimiento y sujeción de estas entidades a los objetivos globales de sostenibilidad presupuestaria y control del déficit público.

A continuación, en cuanto a la responsabilidad patrimonial en relación con estas entidades, actualmente, el art. 35 de la LRJSP tiene por finalidad la extensión y aplicación del anterior sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas establecido en los arts. 139 y siguientes de la anterior LRJPAC o, a partir del 2 de octubre de 2016, en los arts. 32 y siguientes, de la LRJSP, a los daños originados a terceros por las mismas, lo cual no fue posible reconocer en el marco del art. 144 de la LRJPAC, refiriéndose a daños originados por una Administración Pública, sin ser posible extenderse este régimen de responsabilidad a las entidades de Derecho privado dependientes o vinculadas a la Administración por lo que estamos ante otra de las grandes novedades que ofrece la LRJSP.

La cuestión planteada nos parece suficientemente significativa, por su novedad y trascendencia práctica, para elegirla como tema del Trabajo Fin de Grado,

puesto que puede suponer una modificación importante de la dinámica tradicional de actuación indirecta, en régimen de Derecho privado, de las Administraciones Públicas, desde la progresiva necesidad, sentida desde hace tiempo, de fortalecimiento de las exigencias y garantías del Derecho público al margen de la naturaleza jurídica instrumental de la entidades dependientes de los entes administrativos. Y además, nos ha parecido relevante al poder analizar la nueva regulación básica tanto del régimen de estos entes como de la responsabilidad extracontractual administrativa, desde su más actual desagregación en las dos nuevas leyes cabecera del grupo normativo sobre Derecho Administrativo de nuestro país.

En definitiva, esta novedad tiene como objetivo la resolución de cualquier controversia, quedando así claro que la responsabilidad será directamente de la Administración matriz cuando el daño se cause por la sociedad instrumental como consecuencia inmediata de instrucciones de esta; mientras que, si el daño deriva de la gestión misma del servicio, en el marco operativo controlado o decidido por la sociedad estatal, la responsabilidad será de la propia empresa, aunque en régimen de Derecho administrativo. A nuestro juicio, subsisten, no obstante, algunas dudas en la articulación de este régimen según la nueva LRJSP, fundamentalmente, y tal y como hemos expuesto en el Trabajo, la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial directa a una entidad de Derecho privado, aún instrumental de la Administración, y, sobre todo, la posibilidad y/o legalidad de que esta entidad “tramite” directamente el expediente de responsabilidad patrimonial y dicte, finalmente, un acto administrativo favorable o desfavorable a los intereses resarcitorios de los ciudadanos. Es una cuestión discutible que nos ha parecido interesante analizar y exponer.

Para finalizar, es de menester recordar que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas derivada de las entidades instrumentales de Derecho privado, es un tema de gran interés que puede conllevar diferentes puntos de vista y opiniones. Con la elaboración de este trabajo intentamos profundizar en este ámbito debido a las novedades, peculiaridades y cambios sufridos por una institución, que se caracteriza por su gran complejidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina:

BARRERO RODRIGUEZ C., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecno, 3ª Edición, Madrid, 2016

- “Las entidades del sector público en general Lección” en la Lección *La Organización Administrativa*, núm. 4.

- “Entidades instrumentales de la administración territorial” en la Lección *La Organización Administrativa*, núm. 4.

CASADO GAMERO E. y RAMOS FERNÁNDEZ. S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecno, 13ª Edición, Madrid, 2016.

COSCULLUELA MONTANER L., *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, 24ª Edición, Madrid, 2013.

ESTEVE PRADO J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 6ª Edición, Madrid, 2016.

GARCIA LUGANO J. “Instituciones sustantivas en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público: los principios de la potestad sancionadora, la responsabilidad administrativa y el nuevo régimen de los convenios administrativos”, en la Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2016

GONZÁLEZ LÓPEZ I. J. “El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho Privado de la Administración”, en la Revista *Nueva Época*, vol. 19, núm. 1, 2016.

MORENO MOLINA J. A. “Antecedentes, objetivos y principales novedades de las Leyes 39 y 40/2015 reguladoras del Procedimiento Administrativo Común y el Régimen jurídico del Sector Publico”, en la *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, núm. 6, 2016.

MORENO MOLINA J. A. “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la Responsabilidad patrimonial y la Potestad sancionadora de la Administración Pública”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179.

SÁNCHEZ MORON M., *Derecho Administrativo parte general*, Tecno, 12ª Edición, Madrid, 2016

- “Entidades Privadas del Sector Publico” en el Capítulo *Las Entidades Instrumentales*, núm. 10.
- “La garantía patrimonial de la responsabilidad .patrimonial” en el Capítulo *Las Entidades Instrumentales*, núm. 21.

WEBGRAFIA

AGUILERA C., “Relación de causalidad y concurrencia de causas en la responsabilidad patrimonial de la Administración: Teoría y práctica” en *Cuch-Aguilera Legal*, publicación de 26 enero de 2016; disponible en: <https://elblogdecuchaguilera.com/2016> (visto el 3 de mayo de 2016)

SALDAÑA MUÑOZ M. L., “Novedades en el Sector Público Estatal tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público” en *ELDERECHO.COM*, publicación de 27 de enero de 2017, disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/novedades-regimen-juridico-sector-publico_11_1048930003.html (visto 03/04/2017).

VELASCO CABALLERO F., “Responsabilidad patrimonial de las sociedades municipales en la nueva LRJSP” en *UAM BLOG*, publicación de 7 de julio de 2016, disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=394> (visto el 3 de mayo de 2017)