



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 8 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 4 de mayo de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Consejero-Delegado de la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife S.A.U. en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado ante la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre de (...), por daños ocasionados durante el desarrollo de las prácticas no laborales organizadas por la Sociedad de Desarrollo (EXP. 102/2023 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen, solicitado mediante oficio del Sr. Consejero Delegado de la «*Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife, S.A.U.*» -en adelante, la Sociedad de Desarrollo- de 28 de febrero de 2023 [con registro de entrada en esta Institución consultiva ese mismo día], tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad extracontractual iniciado por (...), en nombre y representación de (...) contra la Sociedad de Desarrollo, y subsidiariamente contra el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife -folio 54 del expediente consultivo-, y en cuya virtud se interesa el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados al Sr. (...) durante el desarrollo de las prácticas no laborales organizadas por la citada Sociedad de Desarrollo.

2. Es preceptiva la solicitud de dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-, habida cuenta de que la cantidad reclamada por el interesado (« (...) *50.181,13 euros más los intereses legales que se hubieran devengado*» -folio 59-) supera los límites cuantitativos establecidos por el precitado artículo de la LCCC.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

3. La legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Consejero Delegado de la Sociedad de Desarrollo, según lo establecido en los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Como queda indicado en el dictamen 384/2019, de 29 de octubre de 2019, « (...) *el Consejo Consultivo de Canarias -en doctrina reiterada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, 484/2012 y 381/2015, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha venido a interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de entender que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional*».

De esta manera, y una vez acreditada la representación legal del Consejero Delegado (...) de la Sociedad de Desarrollo -folio 34-, de conformidad con lo establecido en la escritura pública de elevación a público de los acuerdos sociales adoptados con fecha 19 de noviembre de 2020, otorgada por la precitada sociedad mercantil ante el Ilustre Notario de Santa Cruz de Tenerife (...) el día 26 de enero de 2021 -con número 177 de su protocolo- [facultades delegadas n.º 1 y 9 -folios 41 y 42-], no existe obstáculo alguno para que aquél solicite la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

4. En el análisis a efectuar resultan de aplicación la citada LPACAP; los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local [en adelante, LRBRL]; la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias [en adelante, LMC]; y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público -en adelante, EBEP-.

5. En lo que se refiere a la legitimación, activa y pasiva, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

5.1. El reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños

sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos municipales.

Asimismo, el reclamante actúa en el presente procedimiento administrativo mediante representante -(...)- (art. 5 LPACAP), cuyo poder de actuación consta debidamente acreditado en el expediente.

5.2. Por otro lado, el Ayuntamiento está legitimado pasivamente porque se imputa la producción del daño al funcionamiento anormal de un servicio público de titularidad municipal ex art. 11, letra g) de la LMC.

Asimismo, en el presente supuesto se encuentra legitimada pasivamente la «*Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife, S.A.U.*», sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, que tiene por objeto social « (...) *la realización de cuantas actuaciones sean de interés para el desarrollo económico y social del municipio de Santa Cruz de Tenerife pudiendo llevar a efecto las siguientes actividades dentro del término municipal • Servicios de formación y orientación laboral así como (...) • Cualesquiera otras que se le encomienda y que guarden relación con el objeto social*»; y a la que se le imputa la deficiente prestación del servicio público municipal generador del daño irrogado al reclamante.

En concreto, la legitimación pasiva de la Sociedad de Desarrollo se deriva de su condición de entidad responsable de la organización de las prácticas no laborales ofertadas al ahora reclamante [y que traen causa del convenio marco de 24 de septiembre de 2018, suscrito entre la Sociedad de Desarrollo y la empresa (...) -en adelante, (...)- para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas de los usuarios de proyectos y acciones de la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife, y la adenda al convenio marco suscrita con fecha 27 de septiembre de 2018 entre la Sociedad de Desarrollo y la empresa (...) para el desarrollo de prácticas del alumnado del proyecto «*OyE: Formación en Familia. Oportunidades y Empleo*»], así como de la obligación que pesaba sobre la sociedad mercantil municipal de suministrar el calzado a los alumnos en prácticas [tal y como se refleja en el compromiso de prácticas en la empresa (...) rubricado por el Sr. (...) -folio 436-].

Por último, también está legitimada pasivamente la empresa (...), entidad mercantil encargada no sólo del desarrollo material de las prácticas profesionales sino, además, garante de la seguridad e integridad física de los alumnos durante la ejecución de tales actividades formativas -folios 427 y 436-.

Legitimación pasiva que lleva aparejada la necesidad de que tales entidades sean llamadas al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, dándoles traslado de todas las actuaciones practicadas y brindándoles la posibilidad, si así lo estiman oportuno, de personarse, formular alegaciones y/o proponer los medios de prueba que estimen convenientes en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

6. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP. Circunstancia ésta que no es puesta en entredicho por la Propuesta de Resolución.

7. El plazo para la tramitación y resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial es de seis meses (art. 91.3 LPACAP), plazo que se ha superado. Sin embargo, la demora producida no impide la resolución del procedimiento; pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3 b) LPACAP.

II

1. El reclamante insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento anormal del servicio público municipal.

En este sentido, la pretensión resarcitoria planteada por el interesado se fundamenta en los siguientes presupuestos fácticos -folios 54 y ss.-:

«PRIMERO.- Que la empresa pública SOCIEDAD DE DESARROLLO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, S.A.U. fue destinataria de una subvención para cofinanciar el “Proyecto OyE. Formación en Familia. Oportunidades y Empleo”. Que, a tal fin, la Sociedad de Desarrollo y la Fundación Laboral de la Construcción suscribieron un contrato de arrendamiento de servicios docentes.

SEGUNDO.- Que mi representado, Sr. (...), participó en el antes señalado proyecto formativo, tal y como se demuestra con el Diploma expedido por tal Sociedad. (...) .

TERCERO.- Que dicha formación se dividía en una parte teórica y otra práctica, consistiendo esta última en la realización de las tareas propias de un mozo de almacén y que debían llevarse a cabo en las instalaciones de la tienda (...) [(...) San Cristóbal de La Laguna] entre los días 08/10/2018 y 02/11/2018, de lunes a viernes de 09.00 a 15:00 horas. (...) .

CUARTO.- Que para llevar a cabo tales prácticas, el Sr. (...) estaba obligado a llevar el calzado proporcionado por parte de la Sociedad de Desarrollo, o sea, unas botas de

seguridad, y todo ello en cumplimiento de las ordenanzas recogidas en el DOCUMENTO NÚM. 4 que se acompaña.

QUINTO.- Que tras acabar la primera jornada de prácticas de mozo de almacén, sea el 08/10/2018, mi representado pudo comprobar que las citadas botas de seguridad le habían producido heridas en ambos pies, siendo especialmente grave la del pie izquierdo, por lo que tuvo que acudir ese mismo día a su Centro de Salud y ello a los efectos de recibir atención médica. (...) .

SEXTO.- Que la lesión del pie izquierdo del Sr. (...) no mejoró, debiendo ser derivado de forma urgente el día 12/11/2018 al Hospital Universitario Nuestra Sra. de Candelaria donde queda ingresado hasta el día 05/12/2018. Finalmente, pese a las curas y el tratamiento antibiótico la herida empeora, por lo que se decide la amputación del primer dedo del pie izquierdo, realizándose la intervención el 24/04/2019.

SEPTIMO.- Que según Informe emitido por la Médico Forense (...), existe una relación causal entre el uso continuado del calzado durante la jornada de prácticas del día 08/10/2018 y el desarrollo de la lesión, existiendo también continuidad sintomática entre la úlcera inicial y la lesión ósea final que hizo precisa la amputación. Las secuelas resultantes consisten en: Amputación del primer dedo del pie unilateral: 10 puntos. Y perjuicio estético moderado (7-13 puntos) en sus grados altos».

2. Partiendo del relato fáctico descrito anteriormente, la representante del interesado justifica la concurrencia de los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad extracontractual de la Administración Pública en los siguientes términos -folios 57 y ss.-:

«En el presente supuesto, el perjuicio ha sido ocasionado como consecuencia del uso (durante la primera jornada de prácticas) del calzado de seguridad proporcionado por la Sociedad de Desarrollo. Tal y como se recoge en el Documento que establecía las obligaciones durante el periodo de prácticas (...), el participante, (...) el Sr. (...), llevará a las prácticas el uniforme proporcionado por la Empresa y el calzado proporcionado por parte de la Sociedad de Desarrollo. Y a la vista de lo sucedido, se advierte que el calzado impuesto por la Administración no era el adecuado, toda vez que no es suficiente con facilitar un calzado de seguridad, en este caso unas botas, sino que las mismas deben adaptarse a las particularidades del usuario (Si a una persona que calza una talla 46 no le podemos exigir que use un zapato de talla inferior, de igual modo a una persona con patología diabética no se le puede obligar a utilizar unas botas que no son adecuadas para prevenir las lesiones y ulceraciones que esta patología lleva asociada). Y es que las botas entregadas a mi representado eran un calzado profesional estándar, pero sin lugar a dudas, no eran un calzado enfocado a personas con algún tipo de patología como puede ser el pie diabético.

Por todo ello, el incumplimiento de la Administración local de entregar un calzado que cumpliera con el doble requisito de ser apto para el desempeño de la labor de mozo de almacén, así como adaptado a las especificidades del Sr. (...), produjo un perjuicio a éste que no tenía el deber jurídico de soportar. (...) .

En el presente supuesto no existe duda, a la vista de la documentación aportada, de la existencia de una lesión efectiva del Sr. (...) como consecuencia del uso del calzado de seguridad suministrado por la Sociedad de Desarrollo. El daño es perfectamente evaluable económicamente y está individualizado en relación a una persona concreta, mi mandante.

Asimismo, conviene poner de manifiesto que el daño producido es un daño antijurídico, al tratarse de un daño que el reclamante no tenía el deber jurídico de soportar de acuerdo a la ley (acceder a un programa formativo ofrecido por la Administración no conlleva tener que soportar la amputación de un dedo del pie por estar obligado a utilizar un calzado de seguridad no apto para una persona con patología diabética).

(...) media una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa-efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido.

Tal y como ha quedado acreditado, el uso del calzado de seguridad facilitado por la Sociedad de Desarrollo durante la primera jornada de prácticas (calzado no apto para pie diabético) produjo una lesión en el pie izquierdo del Sr. (...) que desembocó en la amputación del primer dedo del citado pie. Tal daño se encuentra acreditado, toda vez que consta la lesión/amputación producida al reclamante, cuyo resarcimiento constituye su solicitud indemnizatoria».

3. El perjudicado concluye su escrito de reclamación interesando el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, cuantificando la indemnización pretendida en « (...) la cantidad de 50.181,13 euros más los intereses legales que se hubieran devengado» -folio 59-.

III

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. Con fecha 30 de julio de 2018 la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz suscribe contrato de arrendamiento de servicios docentes con la Fundación Laboral de la Construcción « (...) para la impartición de la formación específica de “Mozo de Almacén”, modalidad presencial, (...) enmarcada en el Proyecto OyE. Formación en familia. Oportunidades y empleo».

De tal manera que correspondía a la Fundación Laboral de la Construcción « (...) realizar las funciones de planificación, impartición y evaluación de la acción

formativa (...) », debiendo «impartir la acción formativa de “Mozo de Almacén” a los/as participantes seccionados/as del Proyecto OyE-Formación en familia. Oportunidades y Empleo, desde el 30 de julio al 3 de agosto de 2018».

2. Con fecha 24 de septiembre de 2018 se rubrica convenio marco entre la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife y la empresa (...) para el desarrollo de prácticas profesionales en empresas de los usuarios de proyectos y acciones de la Sociedad de Desarrollo.

Este convenio marco tiene por objeto « (...) regular el marco de colaboración entre la entidad (...) y la Sociedad de Desarrollo para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as de acciones formativas y proyectos de empleo y formación de la Sociedad de Desarrollo» -estipulación primera-. En este sentido, y como se indica en el propio convenio marco, «*las prácticas profesionales a emprender quedarán patentes mediante acuerdos singularizados que se incorporarán progresivamente, a medida que se vayan formalizando, como anexos o adendas al presente convenio*» -párrafo segundo de la estipulación segunda-.

3. Con fecha 27 de septiembre de 2018 se firma adenda al convenio marco que « (...) tiene por objeto regular el marco de colaboración entre la entidad (...) y la Sociedad de Desarrollo, en base al convenio Marco firmado con fecha 24/09/2018 para posibilitar la realización de prácticas profesionales de los usuarios/as del proyecto OYE: Formación en Familia. Oportunidades y Empleo de la Sociedad de Desarrollo de la especialidad formativa: Mozo de Almacén». En virtud de esta primera adenda al convenio marco, la empresa (...) se compromete a admitir como alumnos -y, en consecuencia, a realizar prácticas profesionales-, entre otros, a (...) De acuerdo con la estipulación cuarta, las prácticas no laborales se desarrollarían desde el 8 de octubre de 2018 hasta el 2 de noviembre de ese mismo año, de lunes a viernes, de 9 a 15 horas en el centro de trabajo sito en (...) de la Ciudad de San Cristóbal de La Laguna.

4. Con fecha 5 de octubre de 2018 (...) acepta -y firma- el compromiso de prácticas no laborales -como mozo de almacén- en empresa (...) organizado por la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz.

5. Con fecha 18 de octubre de 2018 el Sr. (...) formula escrito de renuncia a las prácticas no laborales ofertadas en la empresa (...), manifestando la imposibilidad de continuar participando en tales prácticas profesionales «*por motivos de salud: el*

primer día de prácticas me salió una úlcera en el pie izquierdo por motivo del calzado de seguridad» -folio 530-.

Y es que, como se indica en el informe forense -de 4 de diciembre de 2019- que obra en las actuaciones -folios 80 y ss.-, « (...) el informado, el día 08/10/2018 realizó labores de mozo de almacén durante 6 horas como parte de la primera jornada de prácticas de un curso de formación en empleo. Refiere que la empresa encargada de la formación le había entregado un par de botas que debía utilizar tanto en las clases teóricas como en las prácticas. Que las botas eran de mala calidad e incómodas y después de 6 horas de prácticas le ocasionaron heridas en los pies, una de las cuales derivó finalmente en la amputación del primer dedo de su pie izquierdo».

Así pues, «1. El informado presentó una úlcera en el pie izquierdo. 2. Dicha úlcera puede producirse con el roce continuado de la cara interna del pie con la superficie dura de un calzado, nuevo, excesivamente duro o mal ajustado. Teniendo en cuenta la localización, características y evolución de la misma, hay una probable relación causal entre el uso continuado del calzado de trabajo durante la jornada de prácticas del día 08/10/2018 y el desarrollo de dicha lesión. 3. De acuerdo con los informes estudiados, dicha úlcera evolucionó de forma tórpidamente, con profundización de la misma a pesar del tratamiento y hasta alcanzar el hueso, provocando finalmente el desarrollo de una osteomielitis (una infección del hueso) en la cabeza del primer metatarsiano del pie izquierdo, que precisó la amputación del primer dedo de dicho pie».

6. Con fecha 30 de septiembre de 2019 (...) interpone demanda ante la jurisdicción social frente a la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife, la empresa (...) y la entidad aseguradora (...), solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados -a juicio del demandante- del accidente laboral sufrido por el trabajador el día 8 de octubre de 2018, durante el desarrollo de las prácticas profesionales llevadas a cabo en la empresa (...).

7. Tras la sustanciación del oportuno proceso judicial [procedimiento ordinario n.º 930/2019], se dicta sentencia de 21 de octubre de 2020, del Juzgado de lo Social n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife, por la que se desestima la pretensión planteada por el actor, al no constar la existencia de relación laboral alguna.

IV

Los principales trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

1. El procedimiento de responsabilidad patrimonial se inicia mediante escrito presentado el día 5 de mayo de 2021 ante el registro de la Sociedad de Desarrollo de

Santa Cruz de Tenerife, en el que, como ya se ha indicado anteriormente, el Sr. (...) solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos durante la realización unas prácticas no laborales organizadas por la citada sociedad mercantil municipal y que se desarrollaron en el centro de trabajo de la empresa (...), como consecuencia de la utilización de un calzado -suministrado por la Sociedad municipal de Desarrollo- de seguridad inadecuado, esto es, no adaptado a las patologías previas que presentaba el alumno en prácticas (pie diabético); lo que derivó, en última instancia, en la amputación del primer dedo del pie izquierdo del ahora reclamante.

2. Con fecha 14 de octubre de 2021 se formula requerimiento a la abogada del reclamante a fin de que acreditara su poder de representación y ratificase la voluntad del perjudicado de interponer la presente reclamación patrimonial.

Dicho requerimiento es debidamente cumplimentado por la representante del Sr. (...) con fecha 28 de octubre de 2021.

3. Con fecha 22 de noviembre de 2021 se emite Resolución del Director-Gerente de la Sociedad de Desarrollo por la que se admite a trámite la reclamación patrimonial formulada por (...)

En dicha Resolución de inicio se acuerda, asimismo, *«requerir al área encargada del “Proyecto OyE. Formación en Familia. Oportunidades y Empleo”, para que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, emita un informe relativo a la presunta lesión indemnizable»; y «solicitar informe médico pericial, con el objetivo de determinar la presunta relación de causalidad entre el daño físico sufrido por el Sr. (...) y la actuación de Sociedad de Desarrollo».*

Esta resolución de inicio consta notificada al reclamante.

4. Con fecha 17 de mayo de 2022 el Director-Gerente de la Sociedad de Desarrollo acuerda la apertura del periodo probatorio, ordenándose *«requerir a (...) para que, en el plazo de diez días hábiles aporte su historial médico/historia clínica completa que acredite sus antecedentes médicos»; «la inclusión de la documentación obrante en el expediente del procedimiento ordinario 930/2019 seguido ante el Juzgado de lo Social n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife»; y solicitar « (...) a(...) la emisión de un nuevo informe con relación a la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada con el objetivo de determinar la presunta relación de causalidad entre el daño físico sufrido por el Sr. (...) y la actuación de Sociedad de Desarrollo».*

Esta actuación consta debidamente notificada a la representante del perjudicado y a la entidad aseguradora.

5. Con fecha 10 de junio de 2022 el reclamante cumplimenta el requerimiento efectuado por la Sociedad de Desarrollo municipal, aportando la documentación médica interesada.

6. Consta en el expediente tramitado la emisión de informe médico pericial - solicitado a instancia de la Sociedad de Desarrollo- de 22 de noviembre de 2022 e informe de 5 noviembre de 2019, evacuado por el asesor laboral-prospectador de empleo contratado por la Sociedad de Desarrollo durante la ejecución del proyecto «OyE. Formación en Familia: Oportunidades y Empleo».

7. Con fecha 28 de noviembre de 2022 la entidad aseguradora de la Sociedad de Desarrollo (...) se persona en el procedimiento, solicitando que se le dé traslado de las actuaciones.

8. Con fecha 30 de noviembre de 2022 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediendo a los interesados un plazo de diez días para que formularan alegaciones y presentaran cuantos documentos y justificaciones estimasen pertinentes.

Este trámite consta notificado al reclamante y a la entidad aseguradora de la Sociedad de Desarrollo.

9. Con fechas 20 y 24 de diciembre de 2022, la entidad aseguradora y el reclamante presentan sus correspondientes escritos de alegaciones, en los que interesan la desestimación y estimación, respectivamente, de la pretensión resarcitoria planteada.

10. Con fecha 23 de febrero de 2023 el Director-Gerente de la Sociedad de Desarrollo formula Propuesta de Resolución por la que plantea la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por (...), en nombre y representación de (...), al entender « (...) *que no existe relación de causalidad entre el daño producido (...) y la actuación de [la] Sociedad de Desarrollo, S.A.U. debido a que no se ha probado que el daño se produjese durante la jornada de prácticas en (...), y que en su caso, en dicho daño han intervenido otros y más significativos hechos, tales como el estado de salud previo del reclamante, su adicción al tabaco y la falta de preaviso a [la] Sociedad de Desarrollo de los condicionantes físicos a tener en cuenta en el suministro del calzado (...)* ».

11. Una vez solicitado dictamen a este Consejo Consultivo, la Sección II del mismo, en sesión celebrada el día 5 de abril de 2023, acordó requerir de la Sociedad

de Desarrollo determinada documentación e información, con suspensión del plazo para emitir dictamen. Concretamente se solicitaban las actuaciones realizadas en el Juzgado de lo Social n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife, Procedimiento Ordinario 930/2019, los Estatutos de la citada Sociedad en su versión consolidada, así como cualquier documentación en que se concretara la relación entre el Ayuntamiento y la Sociedad de Desarrollo.

12. Con fecha 18 de abril de 2023 se recibe en este Consejo la documentación requerida.

V

1. La Propuesta de Resolución que se somete al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias desestima la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial planteada por (...) frente a la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife -« (...) y subsidiariamente y ad cautelam, contra el Ilustre Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (...) »-, al entender que no existe relación de causalidad la actuación de la entidad mercantil municipal y el resultado lesivo irrogado al reclamante, dado que « (...) no se ha probado que el daño se produjese durante la jornada de prácticas en (...), y que en su caso, en dicho daño han intervenido otros y más significativos hechos, tales como el estado de salud previo del reclamante, su adicción al tabaco y la falta de preaviso a (la) Sociedad de Desarrollo de los condicionantes físicos a tener en cuenta en el suministro del calzado (...) ».

En este sentido, se indica que « (...) más allá de que el reclamante no ha justificado que comunicase a Sociedad de Desarrollo que tenía un cuadro médico que le hacía propenso a dichas heridas y su tórpida cura, y que por ello requería un calzado específico; de la evolución médica del reclamante no se puede concluir que existiese un nexo causal directo entre el hecho dañoso alegado y el daño sufrido, siendo indispensable y esencial el estado médico previo del reclamante, cuya responsabilidad no se le puede achacar a Sociedad de Desarrollo. (...) ». En definitiva, de acuerdo con la información contenida en el expediente, no existe una actuación de la Administración ideal para la creación del daño alegado, (...) y no se ha justificado adecuadamente la relación de causalidad entre la actuación de la Administración, en este caso Sociedad de Desarrollo, y el daño producido; por lo que se puede concluir que la amputación sufrida por el Sr. (...) fue resultado de la situación médica previa del reclamante: Diabetes Mellitus, con polineuropatía diabética y neuropatía diabética. Fumador hasta hace menos de un año. Hipertenso (extraído del Informe médico forense aportado de parte), y no existe relación de causalidad entre el alegado daño y la actuación de Sociedad de Desarrollo».

2. Pues bien, con carácter previo al examen de la cuestión de fondo planteada en el presente expediente consultivo, se hace preciso efectuar las siguientes consideraciones jurídicas respecto a la tramitación procedimental de la reclamación planteada.

2.1. En el supuesto analizado, nos encontramos ante una reclamación patrimonial formulada por uno de los usuarios y/o alumno incluido el proyecto de formación denominado «*Proyecto OyE. Formación en Familia. Oportunidades y Empleo*», organizado por la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife y cuyo periodo de prácticas se desarrolló -previo convenio marco de colaboración y posterior adenda al mismo- en la empresa (...).

La reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial se plantea directamente ante la citada Sociedad de Desarrollo, entidad mercantil local, cuyo capital social pertenece íntegramente al Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y que se encarga de prestar -mediante gestión directa y en régimen de Derecho privado ex art. 85 y 85 ter de la LRBRL- un servicio público local como es el «*Fomento y promoción del desarrollo económico y social municipal en el marco de la planificación autonómica*» [art. 11, letra g) LMC]. En este sentido, el art. 2 de los Estatutos de la Sociedad de Desarrollo indica que «*la Sociedad tendrá como objeto social la realización de cuantas actuaciones sean de interés para el desarrollo económico y social del municipio de Santa Cruz de Tenerife, pudiendo llevar a efectos las siguientes actividades dentro del término municipal: • Servicios de formación y orientación laboral (...) . • Servicios de promoción de (...) empleo (...)*».

Pues bien, desde la perspectiva sustantiva o del Derecho material aplicable, no procede efectuar objeción alguna a lo señalado en la Propuesta de Resolución, por cuanto se entiende aplicable al caso concreto lo establecido en el art. 35 de la LRJSP [«*Responsabilidad de Derecho Privado*»] -precepto que resulta de aplicación al amparo de lo establecido en el art. 2.2, letra b) del referido texto legal-:

«*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*».

Así pues, tratándose de una reclamación patrimonial deducida directamente ante la sociedad mercantil encargada de la prestación de un servicio público de competencia municipal [art. 85 y 85 ter LBRL en relación con el art. 11, letra g) LMC], procede exigir «su responsabilidad» -como indica textualmente el art. 35 de la LRJSP-, esto es, la de la Administración matriz y titular del servicio público local, con arreglo a las previsiones contenidas en el art. 32 y siguientes de la LRJSP. Sobre esta cuestión se volverá a incidir en el siguiente apartado 2.4 del presente fundamento.

2.2. Opinión diversa merece, sin embargo, la tramitación procedimental seguida en las presentes actuaciones.

A juicio de este Consejo y de conformidad con los argumentos jurídicos que se expondrán a continuación, se entiende que la tramitación adjetiva o formal observada en las presentes actuaciones no resulta ajustada a Derecho. En este sentido, resulta de especial interés -y utilidad a nuestros efectos- traer a colación la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Tercera, Sección 5ª, en el seno del recurso de casación n.º 5442/2019. En dicha resolución judicial se indica lo siguiente:

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

En esa delimitación del debate debe también ponerse de manifiesto que, aun cuando en la instancia y en el mismo escrito de interposición se centra las cuestiones debatidas en la naturaleza jurídica de la mencionada Entidad Pública Empresarial, es lo cierto que está más centrado en el ámbito doméstico de la Administración, del propio Organismo de Cuenca. En efecto, lo que realmente se debate en autos es, como en cierta medida deja entrever la delimitación de la cuestión casacional, si un procedimiento administrativo, en sí mismo

considerado, puede ser tramitado con una intervención tan intensa como la que se refleja en la sentencia de instancia tiene dicha Entidad pública en el caso de autos o, si se quiere, si pueden intervenir en los trámites de un procedimiento personas ajenas al personal estatutario de la Administración, de los funcionarios públicos, en las importantes funciones del procedimiento que se reflejan en la sentencia recurrida se hace por el personal de la Entidad Empresarial que, como se deja constancia, no está sujeta al Derecho Administrativo en su actividad.

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

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

Pero esa delimitación ofrece, de manera inmediata, una nueva cuestión, cual es determinar la concreta intervención de la Entidad Pública Empresarial en tal tramitación del procedimiento, lo cual es decisivo a la hora de determinar la incidencia de esa intervención. Y en este sentido este Tribunal ha de partir de lo aceptado por el Tribunal de instancia (...), en resumen, (...) que es el personal de la Empresa Pública el que recepciona y comunica las resoluciones y realiza informes, dossiers y, en particular, las propuestas de las resoluciones

relevantes del procedimiento, que son finalmente suscritas por el personal de la Confederación.

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

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

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

(...) ningún reparo cabe hacer porque las Administraciones acuda a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (in house providing) que es la naturaleza no cuestionada que puede asignarse a la Empresa Pública (...) y a sus filiales, entre ellas, TRAGSATEC, que es la aquí afectada (por todas nuestra reciente sentencia, con abundante cita, 686/2020, de 8 de junio, dictada en el recurso 1837/2016). No es eso de lo que se trata en el presente supuestos en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesario para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos. Por acercarnos al caso de autos, no se trata en el presente supuesto de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitársele, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución.

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

esa regla aquellas funciones que afecten, directa o indirectamente, a las potestades públicas o a la protección de los intereses generales, conceptos jurídicos indeterminados de los que sería difícil excluir alguna actividad administrativa.

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

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

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

Bien es verdad, ya se anticipó antes, que no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo

considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional.

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

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

En resumen, la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumidas las competencias correspondientes (...).

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

(...) no cabe sino concluir en lo ya expuesto de que el procedimiento ha de tramitarse de manera íntegra por el propio Organismo de Cuenca y con el personal estatutario a su servicio, sin que sea admisible (...) alterar la exigencia legal de que la Administración ejercita sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran.

Es importante lo expuesto porque no puede desconocerse que incluso en la pura tramitación del procedimiento por los órganos competentes de la Administración pública,

pese a su indudable carácter técnico, no es ajena la intervención de terceros. Un ejemplo clásico es la posibilidad de hacer notificaciones o presentación de documentos o la más compleja intervención de terceros en las ejecuciones de actos de contenidos de indudable complejidad y dificultades técnicas en los que la Administración pueda no tener medios idóneos para llevarlos a efectos. Pero no es eso de lo que se trata en el caso de autos, porque, insistimos, que no se trata de una intervención, de un “auxilio y asistencia técnica” puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades, sino que, muy al contrario, lo que se suscita en el caso de autos es que con carácter de permanencia y generalidad, en todos los procedimientos sancionadores que tramite el Organismo de Cuenca, la dirección de dichos procedimientos venga encomendada a la mencionada Empresa Pública (...) a modo de profesionalización de la misma en dichas tramitaciones; bien que reservando a los órganos competentes de la Confederación dictar las resoluciones, pero aun así, sobre la base de propuestas formuladas por dicha empresa.

(...) se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación, la tramitación de los procedimiento, con el añadido de tratarse de procedimientos de extraordinaria relevancia, que quedan en manos de entes sometidos al derecho privado y a las reglas de la rentabilidad, sino de una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho.

Y en relación con el debate de autos nada comportan las dos sentencias que se invocan por el Abogado del Estado en su recurso porque, o bien están referidas a una cuestión muy específicas de personal sanitario (sentencia 559/2020, de 25 de mayo, dictada en el recurso de casación 4791/2017; ECLI:ES:TS:2020:1114) o bien está referida (sentencia 571/2020, de 28 de mayo, dictada en el recurso de contencioso-administrativo 362/2018, ECLI:ES:TS:2020:1234) a una disyuntiva entre personal estatutario o laboral, pero siempre dependiente de un órgano -Tribunal de Cuentas- asimilado a estos efectos a la Administración, pero no a la transferencia de las potestades administrativas referidas a la tramitación de los procedimientos a un ente sujeto a las normas del Derecho privado. Y si en algo aprovecha la última de las sentencia citadas es precisamente contrario a lo sostenido en el recurso cuando se hace referencia, como ya se dijo antes, a las materias que el Estatuto Básico del Empleado Público reserva a los funcionarios de carrera que no puede estimarse que la recepción, notificación y elevación de propuestas de resoluciones, informes o dossiers en un procedimiento administrativo sancionador no comporte “el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”, lo cual redundaría en lo antes razonado.

(...)

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

Así pues, de lo transcrito en las líneas anteriores se extraen las siguientes conclusiones:

En primer lugar, resulta admisible que « (...) las Administraciones acuda(n) a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (in house providing) (...) ». Sin embargo, y como indica la propia resolución judicial comentada, «no es eso de lo que se trata en el presente supuesto en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesarios para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos».

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

queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes (...) ».

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

Finalmente, el Tribunal Supremo introduce una matización a su doctrina. Y es que la regla general no impide, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento administrativo por los órganos competentes de la Administración Pública puedan intervenir terceros con una función de *«auxilio y asistencia técnica»* puntual y en función de determinadas actuaciones que requieran esa intervención por sus peculiaridades.

Todo lo anteriormente expuesto queda perfectamente ilustrado -a modo de resumen- en el Fundamento de Derecho segundo de la resolución judicial comentada, al indicar que *« (...) no es infrecuente que la Administración pueda acudir a la colaboración externa para la prestación de servicios públicos en lo que se ha venido a conocer como la externalización en dicha prestación. Menos aún que debe cercenarse, sino todo lo contrario, que ello pueda hacerse acudiendo a medios propios, con independencia de la forma jurídica que dichos medios tengan. Pero no es de eso de lo que se trata en el presente supuesto porque ni se trata de un servicio público, en sí mismo considerado, sino de una propia actuación administrativa interna mediante la cual pueden dictarse los actos administrativos que, ellos sí, pueden comportar esa prestación de servicios; ni el ejercicio de dicha actividad puede encomendarse a personal ajeno a la Administración, como hemos visto. Por ello no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional».* De tal manera que *« (...) la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida(s) las competencias correspondientes (...) »*, *« (...)*

sin que sea admisible una pretendida alteración de (...) la exigencia legal de que la Administración ejercita(e) sus potestades mediante el personal funcionario del que debe estar dotado cada uno de los órganos que la integran». En otras palabras, la responsabilidad de la tramitación de los procedimientos administrativos le corresponde -tanto formal como materialmente- a los órganos integrados en la Administración Pública, no así a las entidades instrumentales de las que aquella se valga para la prestación de los servicios públicos de su competencia -y mucho menos a los particulares, en una suerte de « (...) privatización encubierta de un servicio (la tramitación de los procedimientos administrativos) que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho»-.

2.3. La doctrina jurisprudencial expuesta en el apartado anterior viene así a refrendar lo dispuesto en la legislación de régimen local. Y es que, como se establece en el párrafo final del art. 85 LRBRL, *«la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos»* en coherencia con lo preceptuado en el art. 92.3 LRBRL: *«corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función»*]. De tal manera que, como ocurre en el caso analizado, el modelo de gestión por el que se haya optado -gestión directa mediante sociedad mercantil local- y el régimen jurídico al que quede sometida la entidad instrumental prestadora del servicio público municipal -de Derecho privado ex art. 85 ter LRBRL-, no son circunstancias que impiden, sino, al contrario, obligan a observar lo dispuesto de forma imperativa en los arts. 92.3 LRBRL y el art. 9 EBEP. Lo que, en unión de lo manifestado en la STS de 14 de septiembre de 2020, nos lleva a concluir que la sustanciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados con ocasión de los daños derivados de la prestación, por parte de la Sociedad de Desarrollo de Santa Cruz de Tenerife -sociedad anónima de capital íntegramente público-, de un servicio público

municipal, le corresponde a la propia Entidad Pública -Ayuntamiento- titular del servicio público implicado en la producción del hecho lesivo.

Idéntica conclusión se alcanza al analizar la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común.

La LPACAP extiende su ámbito subjetivo de aplicación al «*sector público*», en donde se incluye el denominado «*sector público institucional*» [art. 2.1, letra d)]. A su vez, éste se halla integrado, entre otros, por «*las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (...)* » [art. 2.2, letra b)] -como es el caso de la sociedad anónima que ahora se examina-.

La LPACAP señala que dichas entidades de derecho privado « (...) quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

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

Este razonamiento jurídico también ha tenido acogida en la legislación autonómica sobre servicios públicos. Así, y sirva como ejemplo, la Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, tras señalar en su art. 37.2 que «*en los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior (...) -entidades públicas instrumentales- las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada, sin perjuicio de la obligación del prestador del servicio de admitir a la utilización del servicio a las personas que cumplan los requisitos para ello y, en particular, sin perjuicio de la aplicación de las previsiones de este título y de la tutela y garantía de la posición de la*

persona usuaria por la administración competente»; viene a establecer en su artículo 40 [«Responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica»] dos previsiones normativas de especial relevancia. Por un lado, se indica que «las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular las personas usuarias de los servicios públicos podrán dirigirse directamente a la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de las personas usuarias a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración» -art. 40.1-. Y, por otro, se advierte que «si la administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal» -art. 40.2-. Lo que no hace más que ratificar cuanto se ha manifestado hasta ahora respecto a la competencia para tramitar esta clase de procedimientos administrativos.

Finalmente, este Consejo Consultivo de Canarias también sigue esta línea argumental en sus Dictámenes 91/2015, de 19 de marzo y 311/2018, de 17 de julio; a cuya atenta y exhaustiva lectura procede, en este momento, remitirnos.

Por otra parte, la documentación complementaria remitida por la Sociedad de Desarrollo no cambia ni afecta a esta argumentación. Así, en su escrito de remisión se informa lo siguiente:

«En cuanto a la concreción de la relación entre la Sociedad y el Consistorio, tal y como se puede comprobar en la Escritura de Constitución y en los Estatutos de la Sociedad, ésta es una sociedad mercantil participada íntegramente por el Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, formando parte del sector público institucional de dicha Corporación y siendo medio propio de la misma.

El Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife ostenta la totalidad de las participaciones de esta entidad, sin que puedan ser enajenadas de conformidad con el artículo 89 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado mediante el Decreto de 17 de junio de 1955.

Así, la Junta General de la Sociedad es el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, y ejerce las funciones de órgano supremo de la Sociedad (vid. artículo 8 de los Estatutos de la Sociedad); además de tratarse de un medio propio al cumplir los requisitos del artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (“LRJSP”) y del artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”).

De conformidad con sus Estatutos, entre las funciones de Sociedad de Desarrollo destacan los servicios de formación y orientación laboral, así como labores de información y asesoramiento empresarial y los servicios de promoción de empresas y empleo. (...) ».

A la vista queda, por tanto, que la Sociedad de Desarrollo actúa como medio propio personificado del Ayuntamiento en las funciones de desarrollo económico y laboral que figuran en sus Estatutos, entre las que se encuentran los servicios de formación y orientación laboral, pero no puede actuar como tal medio propio para el ejercicio de potestades públicas como es la tramitación procedimental de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, no solo porque el Ayuntamiento no le ha encargado estas funciones -que no puede-, sino porque, fundamentalmente, se trata de una persona jurídica de derecho privado que, legalmente, no puede ejercer tales potestades.

2.4. Como complemento a cuanto se ha señalado en los apartados anteriores, y a los efectos de enriquecer, más aún si cabe, el análisis jurídico efectuado en el presente dictamen, resulta pertinente advertir -por cuanto se trata de una cuestión conexa e implícitamente planteada por la representante del perjudicado en su reclamación- que, aun cuando la reclamación patrimonial pudiera ser presentada ante la entidad privada instrumental, ante la Administración titular del servicio público implicado, o ante ambas, lo cierto es que, a la vista de la mera literalidad del art. 35 de la LRJSP y los recientes pronunciamientos judiciales al respecto, se entiende que la responsabilidad recae en la entidad pública titular del servicio público al que se le imputa el daño, sin que resulte procedente accionar autónomamente -y, consecuentemente, responder en exclusiva y desvinculada de la responsabilidad de la Administración Pública titular de la competencia propia-, en concepto de responsabilidad patrimonial, contra la sociedad mercantil que gestiona el servicio implicado en la producción del hecho lesivo. Así parece deducirse de la sentencia n.º 777/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Rec., n.º 564/2016) al indicar, en relación con el art. 35 de la LRJSP, que *«este nuevo régimen faculta a los particulares el derecho a ser indemnizados, siempre que concurran todos los presupuestos legales, por las Administraciones públicas en el caso de las Sociedades Mercantiles (en este caso estatal) (art. 35 de la Ley 40/2015) (...) »*; lo que nos conduce a entender que, por más que se reclame directamente -en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ex arts.32 y ss., de la LRJSP- a la sociedad mercantil prestadora del servicio público, la acción

indemnizatoria se entiende dirigida, en todo caso, contra la Administración Pública matriz y titular del servicio público, como garante y responsable último de la prestación del servicio implicado en la producción del daño.

Especialmente clarificadora resulta, a estos efectos, la sentencia n.º 850/2021, de 21 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuyos Fundamentos Jurídicos se puede leer lo siguiente:

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

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

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

(...) Sobre la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación pasiva.

(...) la falta de legitimación pasiva planteada por la demandada, debe ser rechazada. En efecto, y como hemos visto más arriba, la recurrente dirigió directamente su reclamación administrativa a (...), hoy (...), cuyo silencio administrativo implica su desestimación y la posibilidad de acudir a esta sede judicial reclamando la declaración de ilegalidad de dicha decisión administrativa.

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

2.5. La aplicación al caso analizado de los argumentos legales y jurisprudenciales expuestos en las líneas precedentes nos conducen, inexorablemente, a considerar

que el procedimiento no se ha instruido por el órgano competente, habida cuenta de que el expediente de responsabilidad patrimonial instruido por parte del Director-Gerente de la sociedad mercantil de referencia, vulnera las normas imperativas o de *ius cogens* que resultan de aplicación al caso [arts. 85.2, *in fine*, y 92.3 LRBRL, y art. 9.2 EBEP en relación con el art. 6.3 del Código Civil] y la resolución final que en su caso se dictara podría incurrir por ello en causa de nulidad por aplicación del art. 47.1, letra g) LPACAP y podría asimismo suponer una omisión, total y absoluta, del procedimiento «*legalmente establecido*» [art. 47.1, letra f) LPACAP], tal y como se extrae de la sentencia n.º 77/2019, de 13 de marzo de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Rec.137/2017), ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020(Rec.5442/2019).

Como acertadamente advierte nuestro alto Tribunal, «*no es que la Administración externalice un servicio, es que externaliza, podría decirse, ella misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional*». Parece «*que se trata no ya de un supuesto de huida del Derecho Administrativo en su más pura y genuina manifestación, la tramitación de los procedimientos (...) que quedan en manos de entes sometidos al derecho privado y a las reglas de la rentabilidad, sino de una privatización encubierta de un servicio que ha sido reservado al sector público como una de las conquistas primarias del Derecho Administrativo propio del Estado de Derecho*».

3. En consecuencia, este Consejo considera que deben retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la fase de admisión a trámite de la reclamación patrimonial interpuesta, debiendo procederse a sustanciar el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración titular del servicio público a la que se le imputa la causación del daño resarcible, esto es, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Y, una vez practicada la instrucción del procedimiento -con estricta observancia de los trámites y demás garantías establecidas en la LPACAP- procederá elevar la oportuna Propuesta de Resolución a este Consejo Consultivo de Canarias, a fin de que se evacúe dictamen preceptivo de conformidad con su ley reguladora.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias se considera que no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones practicadas en los términos expuestos en el Fundamento V de este Dictamen.