Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 6 9 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados en un local de su propiedad como consecuencia del deficiente funcionamiento del servicio público de aguas de competencia municipal (EXP. 532/2024 ID)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos, el 6 de agosto de 2024 (con entrada en este Consejo Consultivo el 4 de septiembre de 2024), tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial frente a dicha Administración municipal iniciado por la reclamación formulada por (...) por los daños ocasionados en un local de su propiedad como consecuencia del funcionamiento del servicio público de competencia municipal.

2. La cuantía reclamada supera los 6.000 € lo que determina la preceptividad del dictamen según el art. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

Por otra parte, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Los Realejos ostenta legitimación para solicitar la emisión del dictamen de este Consejo Consultivo según el art. 11.1.D.e) y 12.3 de la citada ley 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 lo sucesivo, LPACAP).

---

[*] **Ponente: Sra. Navarro de Paz.**

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la LPACAP, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LRBRL), así como la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias (LMC).

4. En lo que se refiere a la legitimación activa y pasiva, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

4.1. En el presente expediente se cumple el requisito del interés legítimo y, por ende, del derecho a reclamar de la interesada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.1 LRJSP, al haber sufrido en su esfera patrimonial el daño por el que reclaman, puesto que alega daños sufridos en su propiedad como consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público. Por lo tanto, tiene legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP.

4.2. Ahora bien, en cuanto a la legitimación pasiva, debe tenerse en cuenta que la reclamación de responsabilidad patrimonial se dirige única y exclusivamente frente a la Empresa (...), que según disponen sus Estatutos es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, de capital íntegramente público, siendo el Ayuntamiento de Villa de Los Realejos único y exclusivo titular de la totalidad de las participaciones que componen el capital social, y se considera como medio propio del Ayuntamiento para la prestación del servicio público local de suministro de agua y alcantarillado. Y a la que se le imputa la deficiente prestación del servicio público municipal generador del daño irrogado a la reclamante.

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, que se presta a través de un medio propio, en este caso, mediante una sociedad mercantil pública.

5. En cuanto al requisito temporal para el ejercicio de la acción, se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación.

De conformidad con el art. 67 LPACAP el plazo de un año empezará a computarse desde la producción del hecho o acto que motiva la indemnización. En el presente caso, se presenta la reclamación el día 12 de febrero de 2024, y la rotura de la tubería de suministro de agua que provoca los daños se produce el día 22 de

junio de 2023, por lo que la reclamación se interpone dentro del plazo legal para el ejercicio de la acción.

6. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). En el presente caso, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa [arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP].

II

En cuanto a los antecedentes de hecho, en el escrito de reclamación de la interesada se expone:

«Que el pasado 22 de junio, se produjo la filtración de agua en el interior de un local de mi propiedad, a consecuencia de la rotura de una tubería municipal externa a dicho local, provocando desperfectos en paredes y levantamiento de piso de parquet».

Finalmente, solicita a la empresa (...) que proceda a la pertinente reparación de los daños ocasionados por la rotura de dicha tubería municipal.

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo, en el expediente remitido constan los siguientes trámites:

1. El procedimiento se inició con la presentación del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial efectuado el día 12 de febrero de 2024 frente a la empresa (...).

2. El 4 de junio de 2024 se dicta Resolución por la Gerencia de la Empresa (...) por la que se requiere a (...) para que en el plazo de diez días hábiles aporte la siguiente documentación:

«- Acreditación de la legitimidad de la reclamante mediante la aportación del documento acreditativo de la titularidad del local ubicado en Calle (...) número 31.

- Acreditación de la realidad y cuantificación económica de los daños (desperfectos en paredes y levantamiento de pavimento de parquet en el interior

del local), mediante la aportación de las fotografías, presupuesto de reparación y factura de reparación en su caso o cualquier otro documento que se estime conveniente».

3. Consta que la interesada aporta la documentación acreditativa de la titularidad del local, sito en la calle (...) n.º 31, en el municipio de Los Realejos y el presupuesto de los trabajos de reparación a realizar en el local, por importe total de 6.119,33 €, así como una fotografía del desperfecto.

4. El 11 de junio de 2024 se emite Informe jurídico por la secretaria de la Entidad, por el que de conformidad con lo previsto en el Acuerdo de Administración de la Empresa (...) de fecha 4 de agosto de 2023, se propone al Gerente de la Empresa (...), previo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, que se emita resolución en el siguiente sentido:

«PRIMERO: ESTIMAR la solicitud de Responsabilidad Patrimonial interesada con fecha 12 de febrero de 2024, nº de registro 2024/102 por (...), con D.N.I. nº (...) por daños ocasionados a consecuencia de la rotura de una tubería municipal el 22 de junio de 2023 a al local sito en Calle (...) nº 31 de esta localidad, conforme a los fundamentos de hecho y consideraciones jurídicas expuestas.

SEGUNDO: Reconocer obligación en favor de (...), con D.N.I. nº (...), por daños ocasionados a consecuencia de la rotura de una tubería municipal el 22 de junio de 2023 a al local sito en Calle (...) nº 31 de esta localidad.

TERCERO: Ordenar el pago en favor de (...) con D.N.I. n.º (...), en la cuenta bancaria que señale, de la cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800,00 €), en concepto de franquicia, previa firma del correspondiente finiquito, conforme a lo estipulado en la póliza de responsabilidad civil que tiene concertada esta entidad.

CUARTO: Dar traslado de la presente resolución a la compañía aseguradora de esta Empresa (...) a efectos de que se proceda al abono del resto de la indemnización por importe de CINCO MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE EUROS CON TRENTA Y TRES CENTIMOS (5.319,33 €), a (...), con D.N.I. nº (...), en la cuenta bancaria que señale, tras la firma del correspondiente finiquito.

QUINTO: Trasladar el presente acuerdo a los Servicios Económicos de la Empresa y a la Compañía aseguradora de la Empresa (...), con el fin de que, respectivamente, se abone la franquicia y la indemnización que corresponde».

5. El 18 de julio de 2024 se otorgó de trámite de vista y audiencia a la reclamante y se otorga plazo de quince días para formular alegaciones. Transcurrido el plazo conferido no presenta alegaciones.

6. No consta que se haya dictado, con posterioridad, propuesta de resolución, indicando en la petición de dictamen que el informe jurídico de la secretaria de la Empresa constituye el Informe Propuesta.

7. El 6 de agosto de 2024 (con entrada en este Consejo Consultivo el 4 de septiembre de 2024) se solicita dictamen a este Consejo Consultivo por el alcalde del Ayuntamiento de la Villa de los Realejos, en calidad de Alcalde y Presidente de la Empresa (...).

IV

1. La Propuesta de Resolución que se somete al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias estima la reclamación formulada, al considerar el órgano instructor que existe relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal del servicio público municipal, reconociendo a la interesada una indemnización por importe de 6.119,33 €.

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

2.1. En el supuesto analizado la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial se plantea directamente ante la citada Empresa (...), entidad mercantil local, cuyo capital social pertenece íntegramente al Excmo. Ayuntamiento de La Villa de Los Realejos y que se encarga de prestar un servicio público local como es el suministro de agua y alcantarillado.

En este sentido, el art. 2 de los Estatutos de la empresa público indica que «*El objeto de la Sociedad está constituido por la prestación de los siguientes servicios públicos locales: 1. Suministro de agua. 2. Alcantarillado. 3. Y en general todos aquellos de competencia municipal, dentro del ciclo integral del agua, en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma de Canarias*».

Se trata de una persona jurídico-privada, constituida por una administración territorial, dotada de personalidad jurídica propia, y a la que se encomienda la gestión de las competencias de titularidad del ente matriz. Dicha entidad jurídico-privada no es Administración, pero se integra en el concepto de «*sector público institucional*».

La LRBRL contempla en su art. 85.2.d) a la sociedad mercantil local con capital social de pertenencia íntegra de la entidad local o de un ente público de la misma, como una de las formas de prestación de servicios públicos mediante gestión directa.

El criterio seguido por la doctrina jurisprudencial es que las sociedades mercantiles de aguas con capital público íntegro o mayoritario es gestión directa (gestión propia), y quedan sujetas, en materia patrimonial, al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa. La vinculación con la Administración es directa, en cuanto corporación de derecho público, si la entidad creada lo es para gestión directa del servicio público, que puede llevarse a cabo, como en este caso, mediante Sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública.

Dicha postura jurisprudencial la encontramos expuesta en el Auto n.º 2/2018 de 26 septiembre de 2018 (Rec. 3/2018) del Tribunal Supremo, Sala de Conflictos de Competencia, que dispone:

«El criterio es que las concesionarias de aguas con capital público íntegro o mayoritario realizan una gestión directa (gestión propia), y quedan sujetas, en materia patrimonial, al Derecho Administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que, si el capital no tiene este carácter, se trata de una gestión indirecta y la competencia es la que corresponde a la jurisdicción civil en asuntos de responsabilidad contractual o extracontractual.

A efectos procesales, se entiende por Administración Pública las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales (art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa). Dicha vinculación con la Administración es directa, en cuanto corporación de Derecho público, si la entidad creada lo es para gestión directa del servicio público, que puede llevarse a cabo, como en este caso, mediante sociedad mercantil local, cuyo capital social es de titularidad pública.

En los demás casos, estamos ante una gestión indirecta (art. 85.2.B de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local) en la que, por ser el ente, no de titularidad de una entidad territorial, sino parcial o minoritariamente, se justifica la atribución de la competencia a la jurisdicción civil.

En suma, en la gestión directa está comprometida la actuación del ente territorial, mientras que en el caso de la gestión indirecta el compromiso no es imputado al ente territorial, sino a la entidad concesionaria (arts. 196 y 197 del Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con anterioridad arts. 214 y 215 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».

Pues bien, desde la perspectiva sustantiva, se entiende aplicable al caso concreto, lo establecido en el art. 35 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, pero que no es Administración pública, procede exigir «*su responsabilidad*» -como indica textualmente el art. 35 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 LRJSP.

De este modo, podemos concluir que el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se ha extendido a los daños ocasionados a los particulares por las entidades instrumentales de derecho privado, en cuanto que integrantes del sector público.

Con ello, se ha incluido a estas entidades en el régimen sustantivo de la responsabilidad extracontractual contemplado en los arts. 32 y ss. de la propia LRJSP.

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

Del contenido de expediente remitido se constata que la tramitación y resolución del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial se ha llevado a cabo en el seno de la empresa pública frente a la que se ha presentado la reclamación y a cuya actuación se imputa el daño cuyo resarcimiento se solicita.

En relación con la posibilidad de que tales entidades, que si bien forman parte integrante del sector público, no son Administraciones públicas, puedan tramitar y resolver el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, este Consejo Consultivo ha emitido su parecer jurídico en el Dictamen 198/2023, de 4 de mayo. Dicho Dictamen tuvo precisamente por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad

patrimonial, en el que la persona interesada solicitó el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por una sociedad mercantil participada íntegramente por el Ayuntamiento. La citada reclamación, al igual que en el presente caso, fue presentada no ante la Administración municipal, sino directamente ante la entidad mercantil, que tramitó el procedimiento y pretendía su resolución, previo dictamen del Consejo Consultivo, como ocurre en el caso que nos ocupa.

En el dictamen se aborda precisamente, a la luz de la normativa aplicable y su interpretación jurisprudencial, la viabilidad jurídica de la tramitación de un procedimiento administrativo por una entidad instrumental privada de la Administración.

El dictamen distingue los aspectos sustantivos de los procedimentales. Así, desde una perspectiva sustantiva, resulta aplicable al caso concreto lo establecido en el art. 35 LRJSP, relativo a la «*responsabilidad de derecho privado*» —precepto que resulta de aplicación al amparo de lo establecido en el art. 2.2.b) del referido texto legal—, y en cuanto a la tramitación procedimental seguida, a juicio de este Consejo Consultivo, la tramitación adjetiva o formal observada no resultó ajustada a derecho, pues en todo caso el procedimiento debió ser tramitado y resuelto por la Administración municipal.

Y tal afirmación se sustenta, en primer término, en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020, emitida por la Sala Tercera, Sección 5ª, en el seno del recurso de casación n.º 5442/2019. En dicha resolución judicial si bien se resuelve un caso distinto al que es objeto del presente dictamen, de la misma podemos extraer una serie de conclusiones que permiten sustentar el criterio jurídico mantenido en el Dictamen 198/2023, de 4 de mayo.

En la mencionada Sentencia del Alto Tribunal, se analiza la legalidad de un expediente sancionador tramitado en su integridad por (...) es una sociedad anónima mercantil filial de (...), en virtud de encomienda de gestión para el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, por lo que se declara como cuestión objetiva que suscita interés casacional «*Si entre las funciones a encomendar a la mercantil estatal (...), filial de la EMPRESA (...) -en aplicación de la* DA 25ª.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, vigente* DA 24ª.4 Ley 9/2017 de 8 de noviembre- *cabe atribuir el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores*».

En el Dictamen 198/2023, tras la reproducción de algunos de los fundamentos de la Sentencia, se extrae 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»-

En definitiva, para este Consejo Consultivo, la responsabilidad de la tramitación de los procedimientos administrativos corresponde —tanto formal como materialmente— a los órganos integrados en la Administración pública, no así a las entidades instrumentales de las que aquella se valga para la prestación de los servicios públicos de su competencia. Lo que, en unión de lo manifestado en la STS de 14 de septiembre de 2020, lleva a concluir que la sustanciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados con ocasión de los daños derivados de la prestación de un servicio público municipal por parte de una sociedad mercantil pública le corresponde a la propia entidad pública —Ayuntamiento— titular del servicio público implicado en la producción del hecho lesivo.

Dicha conclusión se alcanza, no sólo con fundamento en la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse anteriormente, sino que deriva, además, de lo dispuesto en la legislación de régimen local.

Y es que, como se establece en el párrafo final del art. 85 LRBRL, «*la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el art. 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos*», en coherencia con lo preceptuado en el art. 92.3 LRBRL: «*corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que, en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función*».

De esta manera, como ocurre en el caso analizado, el modelo de gestión por el que se haya optado —gestión directa mediante sociedad mercantil local— y el régimen jurídico al que quede sometida la entidad instrumental prestadora del servicio público municipal —de derecho privado *ex* art. 85 *ter* LRBRL— no son circunstancias que impiden, sino que, al contrario, obligan a observar lo dispuesto de forma imperativa en los arts. 92.3 LRBRL y 9 EBEP.

Finalmente, idéntica conclusión se alcanza al analizar la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común.

Así, se tiene en cuenta que el ámbito subjetivo de aplicación de la LPACAP se extiende al sector público, en donde se incluye el denominado «*sector público institucional*» [art. 2.1.d)], que a su vez se encuentra integrado, entre otros, por las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas [art. 2.2.b)], como es el caso de la sociedad anónima que ahora se examina.

Estas entidades de derecho privado, por disponerlo así el propio precepto legal, quedan «*sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas*», y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

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

2.3. Finalmente, y teniendo en cuenta que la Propuesta de Resolución es estimatoria y hace responsable del abono de la indemnización a la empresa pública y a su Aseguradora, se considera pertinente advertir 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 LRJSP y de los recientes pronunciamientos judiciales al respecto, se entiende que la responsabilidad recae en la entidad pública titular del servicio público al que se imputa el daño, sin que resulte procedente accionar autónomamente —y, consecuentemente, responder en exclusiva y desvinculadamente de la responsabilidad de la Administración pública titular de la competencia propia—, en concepto de responsabilidad patrimonial, contra la sociedad mercantil que gestiona el servicio implicado en la producción del hecho lesivo.

Así parece deducirse de la sentencia n.º 777/2018, de 19 de diciembre de 2018, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Rec., n.º 564/2016) al indicar, en relación con el art. 35 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., 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».

2.4. 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 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).

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 sustanciarse 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 la Villa de Los Realejos.

No obstante, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LPACAP se podrá disponer la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por otra parte, teniendo en cuenta la necesidad de retrotraer las actuaciones se advierte de la necesidad de dar audiencia en el procedimiento, como posible interesado, a la compañía aseguradora de la Empresa (...), así como a la Aseguradora con la que, en su caso, el Ayuntamiento mantenga contrato de seguro que cubra el evento dañoso.

Del mismo modo, procede advertir que en el expediente remitido no consta el preceptivo informe del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la presunta lesión indemnizable (art. 81.1 LPACAP), puesto que, aunque se indica en la propuesta que por el encargado de Fontanería de la Empresa (...), se emite informe el 13 de febrero de 2024, no consta en la documentación remitida, además el informe debe ser emitido por el Servicio municipal competente. Finalmente, una eventual Resolución estimatoria, deberá incluir la totalidad de la cuantía indemnizatoria, que deberá ser abonada por la Administración, sin perjuicio de su repetición en la compañía aseguradora si procediera.

Debe también advertirse que la Propuesta de Resolución en su parte dispositiva (apartados tercero y cuarto) establece que la cantidad indemnizatoria reconocida a la reclamante deberá ser satisfecha por la compañía aseguradora de la empresa pública, a excepción del importe de la franquicia que debe ser abonada por la citada empresa pública de servicios. Sobre esta cuestión se reitera que la Administración ha de abonar íntegramente la cuantía indemnizatoria y no procede que, en la Propuesta de Resolución, ni en la Resolución que pone fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial, se disponga que el pago lo haga su compañía aseguradora. Al respecto este Consejo Consultivo ha señalado repetidamente (por todos, Dictámenes 104/2019, de 26 de marzo, 438/2020, de 29 de octubre, 458/2020, de 11 de noviembre, 48/2021, de 4 de febrero, 155/2021, de 8 de abril, 594/2021, de 16 de diciembre, y 182/2023, de 27 de abril):

«En todo caso, según ha razonado reiteradamente este Consejo en asuntos donde se produce la misma circunstancia, se observa que, tramitado el procedimiento de responsabilidad y aun cuando la Administración hubiese concertado contrato de seguro con una empresa del ramo para cubrir los gastos que por este concepto tuviere, no hubiera cabido, y menos aún en la PR que lo concluye, acordar que la aseguradora abone la indemnización propuesta al interesado, en el caso de que la PR hubiera sido estimatoria.

La relación de servicio existente entre Administración y usuarios es directa (sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de contratos de las administraciones públicas sobre servicios públicos prestados mediante contratista o concesionario), en relación con aquellos servicios, debiendo responder aquélla ante los usuarios por daños que se les causen por el funcionamiento de sus servicios públicos o sus actuaciones asimiladas, sin intervención al efecto de un tercero que no forma parte de esa relación, y que lo hace exclusivamente con la Administración a los fines antedichos. En este sentido, tan solo emitido el dictamen sobre la PR y resuelto el procedimiento con la concesión de indemnización, no antes, existe gasto municipal con esta base y cabría exigir la ejecución de la correspondiente póliza a la

aseguradora por el Ayuntamiento, procediéndose en los términos del contrato formalizado y entre las partes del mismo».

Esta doctrina resulta igualmente aplicable en este caso y, en consecuencia, una eventual Propuesta de Resolución estimatoria de la Administración deberá tenerlo en cuenta, pues, en caso contrario, no se ajustaría a Derecho.

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 y con las advertencias indicadas en el Fundamento IV de este Dictamen.