

**SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS: RESPONSABILIDAD
¿PATRIMONIAL? Y JURISDICCIÓN COMPETENTE.**

Carlos Yáñez Díaz (Letrado de la Comunidad de Madrid. Doctor en Derecho)¹

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado jefe en la Subdirección General de lo Contencioso de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Resumen

El presente trabajo analiza la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas a la luz de lo establecido en el artículo 35 de la LRJSP y la jurisprudencia contradictoria de los tribunales. Se analizan las sentencias más recientes y se trata de establecer una interpretación del artículo que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución Española y que proteja los derechos de los ciudadanos, garantizando la seguridad jurídica.

Palabras clave: Administraciones públicas, responsabilidad patrimonial, sociedades mercantiles públicas, jurisdicción competente, seguridad jurídica

Abstract

This paper analyzes the liability of public companies in light of the provisions of article 35 of the LRJSP and the contradictory case law of the courts. The most recent rulings are analyzed and attempts to establish an interpretation of the article in accordance of article 106 of the Spanish Constitution, protecting the rights of citizens and guaranteeing legal certainty.

Keywords: Public administrations, state liability, public companies, competent courts, legal certainty.

1. Sociedades Públicas y gestión de servicios públicos. Una fórmula nada novedosa que ocasiona importantes problemas.

La concepción clásica de la sociedad era la de un contrato que permitía a los socios poner en común un patrimonio con la finalidad de obtener beneficios. Así, la definición de Luis de Molina en el s. XVII que se planteaba: *Societas, quid sit?* y respondía: *Societas est contractus seu conventio duorum aut plurium, contribuendi ad comune lucrum vel ad usum*².

Sin embargo, en el siglo XIX el contrato de sociedad experimenta una profunda transformación. Ya no se trata solo de poner en común un patrimonio para eludir las limitaciones a la usura o para comerciar con las Indias, sino que se trata de hacer frente a los retos que exige la Revolución industrial a través de la limitación de responsabilidad, ya que será solamente el patrimonio social el que responda de las deudas sociales, el capital social estará dividido en acciones transmisibles y se atribuye a la sociedad una personalidad jurídica propia.

El éxito de la fórmula societaria hizo que, cuando a finales del siglo XIX, el Estado -singularmente los municipios- comienza a asumir la prestación de servicios públicos, se piensa en la sociedad como fórmula de prestación. De un lado, se planteó tanto la forma de asumir esas funciones, es decir, si la asunción de un servicio público conllevaba el monopolio de la actividad y la forma concreta de gestión de la actividad.

En el derecho español, se planteó esta cuestión en el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, obra de José Calvo Sotelo, y en la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935.

En el Estatuto Municipal, su exposición de motivos reconoce la necesidad de asumir esas funciones que hasta entonces estaban en exclusiva en manos de empresas privadas, pero al mismo tiempo reconoce las dificultades y por ello alude a la posibilidad de los municipios de crear sociedades:

«Y no se crea que nos dejamos arrastrar por el afán de socializar, no: sentimos desconfianza hacia la capacidad industrial de los Ayuntamientos, y por ello les

² García García A., “¿Fue liberal la Escuela de Salamanca?”, *Almacén de Derecho*, 8 de noviembre de 2024. <https://almacenederecho.org/fue-liberal-la-escuela-de-salamanca>. Consultado el 28 de enero de 2025.

forzamos a organizar el servicio municipalizado, bien en forma de Empresa privada, bien en forma de gestión que se llama directa, sin que en realidad lo sea. y en uno y otro caso, los Concejales sólo tendrán parte mínima en la dirección del negocio. España es campo sin roturar en punto a la municipalización; el Estatuto da medios y traza cauces amplios para el desfonde. Con prudencia y cautela podrá hacerse mucho en bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende en gran número de casos a considerables cifras. En definitiva, la experiencia de los primeros ensayos marcará en el porvenir nuevas rutas más francas, o más restringidas, según lo que de ella resulte.»

De esta forma, los artículos 169 y siguientes contemplaban la municipalización de servicios, pero, a diferencia de la exposición de motivos, recogían los distintos modos de gestión de forma poco clara. Se permitía así la gestión por una empresa privada adjudicataria del servicio seleccionada por concurso o subasta y en la que el Ayuntamiento designaría un tercio de los miembros del Consejo de Administración, lo que se ha denominado por MAGALDI MENDAÑA³ «falsa gestión directa» a través de un Consejo de Administración que designaría un gerente (artículo 174).

No se trataba por tanto de una gestión por sociedad privada, pese a la utilización del concepto Consejo de Administración y la alusión del precepto a la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas, si bien ello originó dudas en la doctrina de la época.

Aunque la Segunda República respetó en un primer momento el Estatuto Municipal de 1924, se aprobó en 1934 una Ley de Bases que dio lugar a la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935. En el debate parlamentario⁴ de las bases se criticó por Royo Villanova la municipalización de servicios como una «fantasía».

³ Magaldi Mendaña N., *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a través de la municipalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, 2012, págs. 396 y ss. Destaca esta autora que uno de los escasos supuestos en los que se planteó esta fórmula fue el Canal de Isabel II, respecto del cual el Ayuntamiento de Madrid propuso la aplicación de esta modalidad de gestión para así conseguir que un tercio de los vocales fuesen escogidos por el Ayuntamiento, ya que la gestión del Canal correspondía al Estado.

⁴ Sosa Wagner F., *Juristas en la Segunda República. I. Los iuspublicistas*, Fundación Alfonso Martín Escudero-Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 66.

La Ley de 1935, claramente inspirada en el Estatuto, recoge de forma más organizada las formas de gestión de los servicios municipalizados en su artículo 135 distinguiendo: a) Municipalización directa, sin órgano de gestión autónoma; b) Empresa municipal que adopte la forma de Sociedad privada; c) Empresa municipal que arriende el servicio a un particular; d) Régimen de concesión; e) Empresa mixta en la que los organismos públicos y privados participen en común en el capital y ejerzan la administración y en la que los municipios solo podrían aportar como capital las concesiones necesarias para los fines de la empresa.

Aparece así de forma expresa la prestación de servicios públicos por medio de sociedades privadas de titularidad pública lo que lleva a la doctrina a la necesidad de diferenciar entre municipio y empresa privada. Si acudimos a PÉREZ BOTIJA⁵ ya surgen cuestiones como que el municipio no puede aspirar al mero beneficio económico, tal y como haría una empresa privada y está sujeto a limitaciones en su actividad patrimonial por el carácter público de su patrimonio.

Esta equiparación/distinción con la empresa privada se extendió en la doctrina y así GASCÓN Y MARÍN hablaba del «*municipio-empresa*», a lo que se suma la doctrina francesa sobre los servicios públicos industriales a raíz del Arrêt de 21 de enero de 1921 del Tribunal de Conflictos en el asunto Bac d'Eloka.

Se produce así una ampliación del ámbito de actuación de la Administración pública, pero se abre la puerta a instituciones de derecho privado. El Derecho administrativo huye antes de haber llegado siquiera.

Sin embargo, la falta de regulación de estas sociedades en la Ley de 1935 hizo que la doctrina se plantease dudas sobre la naturaleza jurídica de estas sociedades y, como señala MAGALDI MENDAÑA, no tuvieron un gran éxito, siendo uno de los escasos ejemplos el Instituto Municipal de la Vivienda del Ayuntamiento de Barcelona.

Tras la guerra civil y como consecuencia del mayor intervencionismo del Estado en la economía, surge un gran número de sociedades mercantiles públicas, especialmente

⁵ Pérez Botija E., «En torno al concepto de municipio», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 4, 1942, págs. 39 y ss.

a raíz de la creación del Instituto Nacional de Industria (INI) por la Ley de 25 de septiembre de 1941.

Como destaca GUIMERÁ RICO⁶, se producía así un triple fenómeno. En primer lugar, las empresas públicas eran patrimonio del Estado, propiedad del mismo, pero no formaban parte de su organización administrativa. En segundo lugar, el INI era un fenómeno de descentralización funcional al que se le aplicaba la teoría de los actos separables y, en tercer lugar, la gestión y administración de las sociedades quedaba bajo el control del Gobierno, bien mediante la designación de representantes en el Consejo de Administración o bien por la introducción de cláusulas a tal efecto en los contratos que suscribían con la Administración del Estado.

Este sistema alcanzó su cénit con la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 que contenía una parca regulación de las «*empresas nacionales*» en los artículos 91-93.

Sin embargo, este sistema cambió a raíz de la modernización de la economía española en los años 60 que hizo que se limitase la creación de sociedades públicas a aquellos casos en los que el sector privado no actuaba, instaurándose así un principio de subsidiariedad en la Ley de 28 de diciembre de 1963, reguladora del I Plan de Desarrollo Económico y Social, cuya aplicación práctica planteaba importantes problemas, como ya destacó FERNÁNDEZ FARRERES⁷.

La crisis económica de los años 70, a la que se sumó la inestabilidad política generada por la Transición, determinó que el sector público se extendiese a numerosas empresas en pérdidas cuyo cierre resultaba difícil desde un punto de vista político.

La quiebra definitiva del modelo se produjo con la reconversión industrial de los años 80 y con la política de privatizaciones de los 90 que condujo a una reestructuración del sector público empresarial.

⁶ Guimerá Rico J. J., *Las sociedades públicas: fundamento y límites de la huida al Derecho privado*, INAP, Madrid, 2020, pág. 64.

⁷ Fernández Farreres G., «En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales: especial referencia al principio de subsidiariedad», *Revista de Administración Pública*, núm. 80, mayo/agosto 1976, págs. 127-167.

En la actualidad podríamos diferenciar tres grupos de empresas públicas, clasificación transversal a todas las administraciones públicas y territoriales, formulada exclusivamente a los fines de este artículo.

De un lado, empresas que operan en el mercado y que responden en gran medida a la finalidad de ser instrumentos para el desarrollo de políticas sectoriales. Así podríamos citar el caso de Navantia como astillero público en el sector de la industria de defensa y que permite un cierto grado de independencia en este ámbito respecto de otros países o la empresa pública Paradores que desarrolla una política de turismo de calidad, casi siempre en edificios históricos recuperados para el uso hotelero y salvados así de una ruina segura.

En segundo lugar, estarían empresas que gestionan servicios públicos como es el caso del transporte colectivo urbano que se gestiona habitualmente por medio de sociedades públicas municipales en aplicación de la competencia reconocida en los artículos 25.2 g) y 26.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

En tercer lugar, podríamos citar las empresas públicas que actúan como medios propios de la Administración, siendo el caso más característico el de la Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P. (TRAGSA) que dispone de un régimen específico en la disposición adicional 24ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Los problemas de responsabilidad patrimonial no suelen plantearse en el primer grupo de empresas, ya que no gestionan servicios públicos, ni tampoco en el caso de los medios propios, al tratarse de empresas cuya actividad se desarrolla a favor de la administración matriz a la que sirven en el papel de un contratista sin licitación.

Por ello, los mayores problemas surgen cuando se trata de sociedades públicas que gestionan servicios públicos y se plantea la aplicación de la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 106.2 de la Constitución Española (CE) como un derecho de los ciudadanos a ser indemnizados de las lesiones causadas por el funcionamiento de los servicios públicos en los términos establecidos por la ley.

2. La regulación de la responsabilidad privada de la Administración y el artículo 35 de la LRJSP. Una muestra más de la expansión del Derecho Administrativo.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), estableció una regulación del sector público en la que las sociedades mercantiles públicas presentan algunas particularidades, que van desde aspectos un tanto superfluos como es la indicación de su carácter público en su denominación social (artículo 111.2), a otros con mayor calado como el traspaso de responsabilidad de los empleados públicos-administradores de la sociedad a la Administración General del Estado.

La LRJSP afirma en su exposición de motivos que trata de evitar la utilización de estas sociedades como una forma de huida del derecho administrativo, pero, al mismo tiempo, les atribuye la posibilidad de ejercer potestades administrativas -artículo 113, en relación con el artículo 2.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)-.

Para alguna doctrina como GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ⁸, se puede observar en la normativa más reciente (citando expresamente el artículo 35 de la LRJSP) la creación de un concepto de «sector público» en el que se relativiza la personalidad jurídica de los entes que lo integran y al que debe aplicarse el Derecho administrativo para proteger los derechos de los ciudadanos.

TORRE DE SILVA⁹ critica la aplicación de la LPAC a las sociedades mercantiles del sector público al entender que tales sociedades no dictan actos administrativos pero, al mismo tiempo, se ve obligado a justificar la aplicación de la legislación de contratos públicos a estas sociedades y su control tanto por la jurisdicción contenciosa como por la Administración tutelante que, en cuantoalzada impropia, sí estaría sujeto al Derecho administrativo, a lo que ha de sumar la existencia de sociedades con funcionarios como

⁸ García-Andrade Gómez J., «El “Sector Público” como referente actual del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, págs. 175-208.

⁹ <https://cms.law/es/esp/publication/la-criticable-aplicacion-de-la-ley-39-2015-a-las-sociedades-mercantiles-del-sector-publico>. Consultado el 28 de enero de 2025.

el caso de Correos, que considera anomalías a extinguir por el paso del tiempo y que deberían haberse regulado de forma específica.

Sin embargo, ya en 1950, VILLAR PALASÍ¹⁰ defendía el carácter administrativo de las empresas públicas en tanto que ARIÑO ORTIZ¹¹ consideraba que las empresas públicas estarían sujetas al Derecho privado sin perjuicio de la existencia de «*un marco de Derecho público*» para algunas cuestiones de su nacimiento, organización y actividad. Ahora bien, este mismo autor afirmaba que «*(...) a los Ayuntamientos les alcanza la responsabilidad patrimonial por los actos realizados por las sociedades anónimas municipales por ellas creadas y encargadas de la gestión de un servicio municipal en régimen de monopolio*».

Especial importancia tiene el artículo 35 de la LRJSP, dentro de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración y con carácter básico de acuerdo con su disposición final 14^a:

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

La interpretación literal del artículo conduce a que, si una Administración pública que es titular de un servicio público¹² y que presta, bien de forma directa o bien a través de un ente de derecho privado (lo más habitual, una sociedad mercantil), causa un daño, deberá aplicarse la regulación de los artículos 32 y ss. de la LRJSP, por lo que se reconoce expresamente que estamos ante una responsabilidad patrimonial y no ante una responsabilidad extracontractual civil de los artículos 1902 y ss. del Código Civil.

¹⁰ Villar Palasí J.L., «La actividad industrial del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950, págs. 101 y ss.

¹¹ Ariño Ortiz G., «*Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*», Iustel, Madrid, 2011, págs.189 y 306.

¹² Sobre el concepto de servicio público y la titularidad de la Administración de tales servicios resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2024 (rec. 7868/2022).

No obstante, esa interpretación no es plenamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. El Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2015 (Expte. 274/2015) relativo al anteproyecto de la LRJSP (que tenía una redacción algo diferente en este punto, al no mencionar a las entidades de derecho privado) parece rechazar la unificación jurisdiccional al indicar que:

«la unificación del régimen jurídico y del fuero jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial sólo está justificada, precisamente por su condición de privilegio, para los organismos públicos, y no para aquellos otros entes que las Administraciones Públicas hayan constituido en forma jurídico-privada (sociedades mercantiles, fundaciones, (...)) precisamente con la finalidad de excluir la aplicación del derecho administrativo en su actividad externa».

Con anterioridad a la LRJSP, BALLINA DÍAZ¹³ consideraba que la jurisprudencia que vinculaba la responsabilidad patrimonial de los entes privados al ejercicio de funciones públicas resultaba muy imprecisa por lo que entendía que no cabía (con arreglo a la entonces vigente Ley 30/1992) aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial «objetivo»¹⁴ a una sociedad mercantil de capital municipal sin que previamente se realice una modificación legislativa. No obstante, admite la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en algunos supuestos.

Más recientemente, DELGADO CASTRO¹⁵ considera que el artículo 35 de la LRSP supone una extensión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas a los daños ocasionados a los particulares por las entidades instrumentales de derecho privado en cuanto integrantes del sector público. Ahora bien, esa extensión no permite entender que las entidades de derecho privado puedan tramitar

¹³ Ballina Díaz D., «Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2, julio-diciembre 2014, págs. 155-176.

¹⁴ Ni con la Ley 30/1992 ni con la actual LRJSP cabe entender que la responsabilidad patrimonial sea «objetiva». Criterios como la antijuridicidad del daño o la doctrina del margen de tolerancia (por más que sea denostada por cierta doctrina) permiten establecer que en la responsabilidad patrimonial -como en la civil-, el carácter objetivo es la excepción que confirma la regla general.

¹⁵ Delgado Castro B., «La responsabilidad patrimonial por daños causados por las entidades mercantiles municipales. Aspectos procedimentales (Dictamen 198/2023, de 4 de mayo de 2023)», *QDL Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, octubre 2023, págs. 491-503.

los procedimientos de responsabilidad patrimonial, sino que la tramitación y resolución han de corresponder en todo caso a la Administración municipal.

Pone de relieve que ésta ha sido la postura adoptada en el Dictamen 198/2023, de 4 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias, que se apoya a tal efecto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020 (rec. 5442/2019), que rechazó el que la Administración encomendase a una sociedad pública -en cuanto medio propio- la tramitación de procedimientos administrativos¹⁶ y en el artículo 92 de la LPAC que, al contemplar la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, no efectúa ninguna referencia al órgano competente de las entidades de derecho privado. No obstante, la doctrina de esa sentencia ha sido objeto de altibajos como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021), que casa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y permite que una empresa pública (INECO) participe en la tramitación de procedimientos no sancionadores, si bien la sentencia cuenta con un voto particular.

Alude a la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, que contempla en su artículo 40 que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de los usuarios de servicios públicos podrán dirigirse a la Administración autonómica titular del servicio, o bien pueden reclamar al prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda si no se pretende la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En el caso de que la Administración titular del servicio considere que existen lesiones susceptibles de ser indemnizadas, procederá a iniciar de oficio el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Debe indicarse que esta normativa gallega -dejando a un lado su cuestionable constitucionalidad- en realidad no aporta nada nuevo. Es evidente que se limita a indicar las dos posibles vías de reclamar responsabilidad, bien ante el sujeto privado que presta el servicio o bien ante la Administración titular del servicio. En el primer caso se aplicaría el derecho privado con lo que podría contradecirse lo indicado en el artículo 35 de la

¹⁶ A este respecto, vid. Luque Regueiro F., «Límites objetivos a la externalización de procedimientos administrativos», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, junio 2024. https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/revista_juridica_junio_2024_1.pdf.

LRJSP y, en el segundo, tampoco se afirma de forma rotunda la procedencia de esa vía de reclamación, sino que se reconduce a una posible iniciación de oficio del procedimiento.

TESO GAMELLA¹⁷ considera que el artículo 35 de la LRJSP supone poner fin a las limitaciones del artículo 144 de la Ley 30/1992, de tal forma que implica una expansión de la responsabilidad patrimonial (tal y como se regula en la LRJSP), incluyendo a las sociedades privadas y fundaciones a través de las cuales actúe la Administración. Para esta autora, este «camino que amplía el ámbito de la responsabilidad patrimonial» conecta con la jurisdicción competente, que ha de ser la contencioso-administrativa.

En esta misma línea parecen situarse COBO OLBERA y COBO PERALTA¹⁸ cuando entienden que las entidades de derecho privado con participación mayoritaria de la Administración, aunque sujeten su actividad al Derecho privado, responderán de los daños ocasionados a terceros con arreglo al Derecho administrativo, debiendo ser demandadas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual es coherente con el artículo 2.2 b) de la LRJSP.

Para GAMERO CASADO¹⁹, el artículo 35 de la LRJSP es una novedad legislativa que recoge el criterio de un sector doctrinal que considera que la actuación de la Administración por medio de entes instrumentales privados no debe suponer que los particulares pierdan la garantía de la responsabilidad patrimonial consagrada constitucionalmente.

Ahora bien, a la hora de articular esa previsión de su artículo 35, la LRSJP no contiene ninguna referencia en cuanto al procedimiento a seguir, por lo que este autor entiende que el perjudicado tiene dos opciones. De un lado, puede acudir a la jurisdicción

¹⁷ Teso Gamella P., «El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Última jurisprudencia desde la perspectiva local», *Cuadernos de Derecho Local QDL*, núm. 44, junio 2017, págs. 337-339.

¹⁸ Cobo Olvera T., Cobo Peralta T.A., «El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas», edición electrónica LA LEY 7443/2022.

¹⁹ Gamero Casado E., «Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho privado» en Gamero Casado E. (dir.), *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 438-439.

civil que debería aplicar los criterios de los artículos 32 y ss. de la LRJSP, o bien puede iniciar un procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración territorial de la que depende la entidad de Derecho privado a la que se imputa el daño, solicitando la responsabilidad solidaria de ambas. En ese caso, la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa en la que existiría un «*litisconsorcio pasivo*»²⁰ de la Administración territorial y la entidad privada así como, en su caso, con las posibles entidades aseguradoras de ambas.

Analizando el problema con un prisma esencialmente práctico, VELASCO CABALLERO²¹ entiende que habría que diferenciar los casos en los que el daño causado por la entidad privada es consecuencia de órdenes o instrucciones de la entidad matriz, en cuyo caso esta sería la responsable y, cuando derive de la mera gestión de la empresa, la responsabilidad correspondería a esta última pero en régimen de Derecho administrativo. En estos casos sería de aplicación el artículo 2.2 b) de la LRJSP dado que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial sería una «*potestad administrativa*».

El problema de este análisis es que esa diferenciación órdenes-instrucciones/gestión de la empresa no tiene un respaldo legal y recuerda la previsión de la legislación de contratos públicos relativa a los daños causados por contratistas y concesionarios que tantos problemas ha generado en la práctica.

Ante el silencio/mala técnica normativa de la LRJSP, la postura de GAMERO CASADO es, ciertamente, la más prudente, pero cabe dudar de la atribución a la jurisdicción civil de una pretensión basada en derecho administrativo. Cuando el artículo 2.2 b) de la LRJSP establece supuestos en los que las entidades privadas forman parte del sector público institucional al que le es de aplicación dicha norma, no parece descabellado considerar que el concepto de sector público debería ser objeto de enjuiciamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa si tales entes actúan con arreglo a normas de derecho administrativo.

²⁰ En realidad, más que litisconsorcio pasivo, lo que existe es un deber de la Administración que tramita el procedimiento de emplazar como interesada a la entidad privada, tanto en el procedimiento administrativo como en el eventual contencioso ex artículos 4 de la LPAC y 49 de la LJCA.

²¹<https://www.idluam.org/blog/responsabilidad-patrimonial-de-las-sociedades-municipales-en-la-nueva-lrjsp-francisco-velasco/>. Consultado el 28 de enero de 2025.

En realidad, estamos ante un supuesto semejante al de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración pública, en el que cabría una situación similar a la recogida en los artículos 44 y ss. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Sin embargo, a diferencia de la legislación de contratos, no se ha querido publicar de una manera clara la responsabilidad de los entes privados de la Administración institucional y el artículo 35 de la LRJSP es una norma que se queda a medio camino, con los problemas que ello genera.

De esta forma, el artículo 35 de la LRSJP es una muestra de lo que CABALLERO²² denomina «*expansión reactiva*» del Derecho administrativo que se aplica así a entes públicos sometidos al Derecho privado y generando un «*Derecho administrativo sin Administración pública*», si bien como destaca (y posteriormente veremos en la praxis judicial) «*hay mucho camino por recorrer en este terreno tan irregular y con tantas vertientes que no permiten definir un régimen homogéneo de extensión ni consensuar su verdadero alcance*».

3. La responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas en la jurisprudencia. Un panorama confuso con especial atención a la Comunidad de Madrid.

Las dudas doctrinales y la escasa claridad de la normativa aplicable han llevado a que la jurisprudencia presente decisiones un tanto contradictorias sobre cuál es la jurisdicción competente respecto de las reclamaciones de responsabilidad formuladas frente a sociedades mercantiles públicas.

En este sentido cabe distinguir entre las resoluciones de los tribunales jurisdiccionales y la jurisprudencia de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, pero, en cualquier caso, como decimos, resulta difícil extraer criterios claros.

3.1 El ferrocarril estatal. ADIF y RENFE.

²² Caballero R., «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 4, 2021, págs. 7-65.

Por ejemplo, si acudimos a los daños producidos en el sector ferroviario, debemos distinguir entre ADIF como gestor de las infraestructuras ferroviarias, que es una entidad pública empresarial sometida al derecho privado y Renfe Operadora, que es otra entidad pública empresarial que actúa a través de cuatro sociedades estatales: Renfe Viajeros, S.A., Renfe Mercancías, S.A., Renfe Ingeniería y Mantenimiento, S.A. y Renfe Alquiler de Material Ferroviario, S.A.

Pues bien, el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 18 de diciembre de 2009 (rec. 16/2009) atribuye la competencia para reclamar por los daños derivados de unas humedades procedentes de una vivienda propiedad de ADIF a la jurisdicción civil toda vez que la pretensión que se ejercita no guarda relación alguna con ninguna actuación de las Administraciones públicas sujetas al derecho administrativo ni el daño deriva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En el supuesto contemplado en el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 7 de marzo de 2018 (rec. 1/2018) se analiza la competencia para conocer de la reclamación por los daños derivados de una caída al coger un tren al resbalar en la estación. En este caso y analizando la normativa ferroviaria, la Sala destaca que las infraestructuras ferroviarias son un servicio de interés general que gestiona ADIF y la propia Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario, le atribuye la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Por ello, al insertarse la reclamación en la actividad de prestación del servicio, *«se inserta de manera nítida en el ámbito del Derecho administrativo»*.

En estas reclamaciones en las que concurren varios prestadores de servicios es frecuente que no pueda imputarse la relación causal solo a un sujeto especialmente en el momento de interponer la reclamación. Por ello, el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 8 de junio de 2018 (rec. 5/2018), en una reclamación presentada frente a ADIF y Renfe, aplica la regla del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y atribuye la competencia a la jurisdicción contenciosa.

Partiendo de estos Autos, cabría pensar que las reclamaciones causadas por daños padecidos en el uso de infraestructuras ferroviarias deberían dirigirse frente a ADIF, siendo competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Ahora bien, este criterio se oscurece por el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 15 de marzo de

2017 (rec. 28/2016). A raíz de una caída en una estación de Cercanías se interpone demanda civil contra ADIF y Renfe Operadora. Esta última plantea declinatoria de jurisdicción a favor de la jurisdicción contenciosa siendo estimada, acudiendo la demandante a los Juzgados Centrales de lo Contencioso, que rechazaron su competencia considerando que correspondía a la jurisdicción civil. Del Auto parece que la demanda contenciosa se había dirigido frente a Renfe y la Sala de Conflictos considera que, puesto que Renfe no ejerce potestades administrativas, la competencia corresponde a la jurisdicción civil.

En la misma línea, el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 30 de mayo de 2018 (rec. 21/2017), en una reclamación frente a Renfe y un maquinista por una persona que fue arrollada por un tren, afirma que es criterio asentado que las reclamaciones por daños personales por caídas o golpes en el interior de un tren o en la bajada del mismo son competencia de la jurisdicción civil. Ello es así por cuanto no guardan relación con la formación de voluntad de los órganos de Renfe, y no son consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, sino que se enmarcan en la actividad de prestación del servicio ferroviario.

De estas resoluciones se puede extraer que la responsabilidad tendría naturaleza patrimonial siendo exigible ante la jurisdicción contenciosa cuando se trata de ADIF ya que es la entidad encargada de la gestión de las infraestructuras ferroviarias que tienen la naturaleza de servicio de interés general (artículo 19 de la Ley 38/2015). Asimismo, el artículo 23 atribuye expresamente a los administradores de infraestructuras ferroviarias la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Por el contrario, las sociedades mercantiles de RENFE y la propia RENFE Operadora estarían sujetas a la responsabilidad civil exigible en la jurisdicción civil ya que, aunque se trata de un servicio de interés general, se presta en régimen de libre competencia. Ahora bien, el criterio que se utiliza en esas resoluciones es el del ejercicio de potestades administrativas que, si bien ciertamente determinaría la existencia de responsabilidad patrimonial, entiendo que no tiene que excluirla si se presta un servicio público que es el criterio del artículo 106.2 de la Constitución.

Si el Consejo de Ministros hace uso de la facultad prevista en el artículo 59 de la Ley 38/2015 e impone que determinados servicios de transporte ferroviario de

competencia estatal queden sujetos a obligaciones de servicio público, ¿deberíamos excluir la existencia de responsabilidad patrimonial? Si la declaración de servicio público atribuye a las entidades prestadoras del servicio potestades públicas, entonces ¿sí habría tal responsabilidad?

En suma, los criterios de la Sala de Conflictos, manifiestamente escuetos, resultan insuficientes para establecer con claridad la jurisdicción competente cuando empresas públicas prestan servicios públicos.

3.2 Metro de Madrid, S.A. El ferrocarril suburbano como servicio público.

Metro de Madrid surgió como una sociedad mercantil privada que a finales de los años 70 fue nacionalizada como consecuencia de su déficit de explotación. En la actualidad, la totalidad de su capital pertenece a la Comunidad de Madrid y explota la mayor parte de la red de Metro de la Comunidad, salvo en algún tramo que es objeto de concesión a una empresa privada.

En este caso, los tribunales han mantenido distintas posturas que ponen de relieve la escasa claridad de la normativa y la jurisprudencia en la materia objeto de este estudio.

En un conflicto negativo de competencia, en el que tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo declinaron su competencia para conocer de una reclamación por un accidente en una escalera mecánica de una estación de Metro, el Auto del Tribunal Supremo (Conflictos) de 3 de octubre de 2011 (rec. 32/2011) atribuye la competencia a la jurisdicción civil ya que: *«la entidad demandada Metro de Madrid S.A., aunque es una entidad pública empresarial (sic), el hecho determinante de la responsabilidad reclamada no se sitúa en la órbita de derecho público, sino privado. No se hace referencia a una actividad de ejercicio de potestades públicas, ni a materias excluidas del ordenamiento jurídico privado (aplicación de normativa presupuestaria, control financiero, control de eficacia y contratación), sino a una materia sujeta al derecho privado, y, por lo tanto, de conocimiento del orden jurisdiccional civil.»*

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2012 (rec. 433/2010) estimó el recurso interpuesto frente a una Orden de la

Consejería de Transportes que inadmitía a trámite una reclamación de responsabilidad derivada de un accidente en una estación de Metro y estimaba el recurso condenando a la Comunidad de Madrid en cuanto Administración titular del servicio gestionado por Metro que, además, es una empresa pública de la Comunidad de Madrid. No obstante, la sentencia cuenta con un voto particular que rechaza la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid y considera que la competencia correspondía a la jurisdicción civil, dada la naturaleza mercantil de Metro de Madrid, S.A.

Recurrida en la, entonces aplicable, casación para la unificación de doctrina²³, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2017 (rec. 1972/2013) mantuvo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para el Tribunal Supremo, la referencia de la legislación madrileña de Administración institucional (Ley 1/1984, de 19 de enero) a las empresas públicas haría que Metro no fuese una entidad de derecho privado, a lo que se suma el que el accidente se produjo en unas instalaciones destinadas a la prestación de un servicio público por lo que no puede considerarse que los perjuicios deriven de una relación de derecho privado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo (Conflictos) mantuvo su criterio de atribuir la competencia en otro accidente de Metro a la jurisdicción civil en el Auto de 26 de febrero de 2019 (rec. 42/2018), nuevamente en un conflicto negativo en el que ambas jurisdicciones rechazaron el conocimiento de la acción. Según el Auto, la competencia era de la jurisdicción civil ya que: 1) no se trata de una Administración pública; 2) no hay una actuación previa de una Administración pública); 3) no se trata del ejercicio de potestades públicas sino de una materia sujeta al Derecho privado.

Esta situación da lugar a resoluciones judiciales de todo tipo. Por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 15 de abril de 2021 (rec. 322/2020) estima un recurso de apelación frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia, que rechazó la práctica de diligencias preliminares respecto de un accidente en los ferrocarriles vascos, basándose en la naturaleza de Euskal Trenbide Sarea como un ente público sometido al

²³ Citando como sentencia de contraste la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 2006 (rec. 231/2002).

derecho privado²⁴, citando expresamente la jurisprudencia de la Sala de Conflictos relativa a Metro de Madrid.

De hecho, en la propia Comunidad de Madrid nos encontramos con que la Audiencia Provincial de Madrid mantiene la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de Metro en resoluciones como la Sentencia de 7 de julio de 2021 (rec. 138/2021), en la que no se cuestiona la competencia de la jurisdicción y se aplica el artículo 1902 del Código Civil o la Sentencia de 12 de marzo de 2024 (rec. 447/2022), en la que la demandante invocaba tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Frente a ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia sigue entendiendo que los daños derivados del funcionamiento de Metro constituyen un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, como se puede comprobar en las Sentencias de 17 y 23 de noviembre de 2023 (rec. 768/2022 y 961/2021). En ambas se considera que, frente a la falta de legitimación pasiva invocada por Metro de Madrid, S.A., la misma deriva de la titularidad del servicio por parte de la Comunidad de Madrid y su gestión por Metro tanto por «concesión» como por su condición de empresa pública lo que determina la responsabilidad solidaria de la Comunidad y de Metro de Madrid.

En este sentido, la Sala es coherente con el criterio que sigue cuando se trata de responsabilidad derivada de daños en centros públicos gestionados por empresas privadas, como puede ser un centro de menores -Sentencia de 24 de enero de 2019 (rec. 721/2016)²⁵- o la reiteradísima jurisprudencia en este sentido en materia sanitaria en relación con los centros hospitalarios concertados²⁶, por ejemplo la Sentencia de 16 de octubre de 2024 (rec. 513/2022). Lógicamente, si se insiste en la responsabilidad de la

²⁴ Ley 6/2004, de 21 de mayo, de Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea.

²⁵ En la que se recoge de forma contundente que: «*En consecuencia, tratándose de prestaciones que el ciudadano tiene derecho a recibir del sistema público, no es el tercero interesado el que ha de sufrir las consecuencias de las figuras de gestión utilizadas para la prestación del servicio público, sino que habrá de ser indemnizado, si procede, con independencia de las responsabilidades que las partes intervinientes hayan de asumir, que habrán de ser solventadas en el marco de sus relaciones internas.*»

²⁶ En estos casos, la jurisdicción civil también reconoce la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 16 de mayo de 2024 (rec. 230/2022).

Administración cuando el servicio público se presta a través de un contratista privado, con mucha más razón procede cuando se trata de una sociedad mercantil integrada en el sector público de esa Administración.

3.3. Ente público Canal de Isabel II y Canal de Isabel II, S.A.

La gestión de los servicios públicos de suministro de agua y alcantarillado se realiza en la Comunidad de Madrid a través del Canal de Isabel II. Inicialmente era un ente de derecho público sometido a derecho privado -Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid-. A su vez, la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas²⁷, autorizó al ente público a crear una sociedad anónima que tendría por objeto la realización de actividades relacionadas con el abastecimiento de aguas, saneamiento, servicios hidráulicos y obras hidráulicas. A tal fin se creó Canal de Isabel II Gestión, S.A. (posteriormente, Canal de Isabel II, S.A.), cuyo accionariado pertenece al Ente Público Canal (82,32%), al Ayuntamiento de Madrid (10%) y a otros ayuntamientos (7,68%).

En síntesis, el Ente público se reserva el ejercicio de las funciones públicas relativas al dominio público hidráulico y las potestades administrativas y la sociedad mercantil asume las restantes funciones relativas al suministro de agua potable, saneamiento y reutilización del agua.

En este caso, las reclamaciones de responsabilidad se tramitan por el Ente público y se resuelven por el Consejero de Medio Ambiente al que está adscrito dicho Ente.

Es más, en casos en los que se ha acudido a la jurisdicción civil para reclamar daños derivados de la actuación de Canal de Isabel II, S.A., se ha declarado la falta de jurisdicción, como es el caso del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 59 de Madrid de 21 de junio de 2019 (P.O. 1155/2018).

Se comprueba así que la responsabilidad derivada de la actuación de empresas públicas puede residenciarse sin problemas en la Administración matriz, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica a los afectados, evitando el peregrinaje de jurisdicciones y

²⁷ Modificada por Ley 8/2018, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, para la garantía del carácter público del Canal de Isabel II.

permitiendo la garantía de un procedimiento administrativo previo a la vía judicial en el que el expediente permite tener acceso a la documentación administrativa y a los informes de los servicios causantes del daño. Se permite así, tanto una eventual estimación en vía administrativa como el que el reclamante pueda ponderar si le compensa acudir a la vía judicial teniendo perspectivas de éxito.

Recientemente, la Sala de Conflictos ha aplicado el artículo 35 de la LRJSP en el Auto de 29 de mayo de 2023 (rec. 2/2023). Una sociedad que mantenía una relación contractual con Canal de Isabel II, S.A. (explotación de una cafetería) interpuso una reclamación a Canal solicitando una indemnización por el cierre de la cafetería como consecuencia de la pandemia por Covid-19, indicando expresamente que era una responsabilidad patrimonial y no contractual.

Al no resolverse expresamente, acudió a la jurisdicción contenciosa que declaró su falta de jurisdicción. Interpuesta demanda ante la jurisdicción civil, esta declaró su falta de jurisdicción y planteó conflicto de competencia.

El Auto de la Sala de Conflictos considera que el criterio a tener en cuenta no es la naturaleza contractual privada de la relación entre ambas sociedades, sino que Canal de Isabel II, S.A. es una sociedad pública que forma parte del sector público institucional conforme el artículo 2 de la LRJSP, siendo *«una empresa pública instrumental de varias Administraciones públicas, que cumple una función crucial en el servicio de abastecimiento de agua»*. Es por ello que:

«Habida cuenta de esta caracterización de Canal de Isabel II S.A., le resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 35 de la LRJSP: "Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando 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 la entidad que cubra su responsabilidad."

Efectivamente, en el presente caso, la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración -regulada en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP- se dirige

contra una entidad de derecho privado dependiente de varias Administraciones territoriales, que en este ámbito actúan a través de aquella.

Ello implica que las circunstancias del presente caso -es decir, pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración, más entidad de derecho privado dependiente de la Administración resultan plenamente subsumibles en el supuesto de hecho del mencionado art. 35 de la LRJSP.

A cuanto queda dicho debe añadirse que esta Sala de Conflictos de Competencia ya concluyó, en un caso similar a este, que la competencia jurisdiccional para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración dirigidas contra entidades de derecho privado dependientes de la Administración Pública corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo. Aquel asunto, resuelto mediante auto de 30 de septiembre de 2014 (conflicto n° 13/2014), versaba sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración dirigida contra la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A.»

3.4. Vacilaciones jurisprudenciales.

Como se ha expuesto, la línea general avanza hacia una atribución de las reclamaciones de responsabilidad frente a sociedades mercantiles públicas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, en la jurisprudencia podemos encontrar todo tipo de resoluciones, lo que no hace sino generar inseguridad jurídica.

Por ejemplo, en el curioso supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de mayo de 2020 (rec. 4489/2018), se utiliza el artículo 35 de la LRJSP, pero no para establecer la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino para aplicar la solidaridad del artículo 32 de la LRJSP y condenar así de forma solidaria a la Agencia Pública Empresarial de Radio y Televisión Andalucía por un premio que el demandante había ganado en un concurso televisivo de Canal Sur Televisión, S.A.

Desde luego no parece que fuera ésta la intención del legislador estatal, dando lugar a una mezcla de preceptos privados y públicos con vistas a obtener una resolución que se considera que logra un resultado de justicia material.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2021 (rec.1077/2019) reconoce la competencia del orden contencioso para establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de un contrato celebrado por una sociedad pública²⁸.

La Sala parte de considerar que, aunque el contrato sea privado, la responsabilidad patrimonial de la Administración es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esa competencia no se ve alterada por el hecho de que se trate de una sociedad mercantil ya que, aunque se rija por el derecho privado, forma parte de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, por lo que tiene una *«doble regulación público-privada, por lo que está sujeta a un doble control de su gestión como como sociedad anónima y como empresa pública.»*

La Sala aplica el artículo 35 de la LRJSP en los siguientes términos:

«La nueva redacción del art. 35 de la LRJSP extiende el antiguo sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas expuesto en los arts. 139 y siguientes de la anterior LRJPAC, hoy en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, a los daños originados a terceros por las entidades de Derecho privado del sector público. Este hecho no se reconocía en el marco del art. 144 de la LRJPAC, cuya redacción traía causa de la Ley 4/1999 haciendo alusión a daños originados por una Administración Pública, sin ser posible extender este régimen de responsabilidad a las entidades de Derecho privado dependientes o vinculadas a la Administración.»

En definitiva, con la regulación actual se extiende el ámbito propio de la responsabilidad extracontractual de Derecho Público a las actuaciones de la Administración sometidas al Derecho privado no solo cuando la Administración

²⁸ Se trataba de una reclamación de responsabilidad por la sanción impuesta a la demandante-contratista por el Ministerio del Interior al no tener autorización/inscripción para prestar servicios de seguridad con la posterior resolución del contrato.

actúa directamente sino también cuando actúa a través de personaciones de Derecho Privado».

La sentencia rechaza también la inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía administrativa previa ante la Comunidad de Madrid al entender que, puesto que la sociedad mercantil era propiedad de la Comunidad de Madrid, ha de entenderse que la reclamación interpuesta ante la sociedad lo fue también ante la Consejería que, además, sigue siendo la titular de las competencias y tiene un deber de vigilancia, control y fiscalización sobre la sociedad.

La Sala aplica así el artículo 35 de la LRJSP con una argumentación que recuerda (aunque no lo diga expresamente) a la doctrina del levantamiento del velo que ha sido aplicada expresamente a las sociedades mercantiles públicas y a su Administración matriz.

Aun cuando no sea una reclamación de responsabilidad patrimonial, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 20 de marzo de 2024 (rec. 118/2024) muestra la, cada vez mayor, equiparación entre las sociedades mercantiles públicas y la Administración de la que dependen. En la misma se considera que existió discriminación por razón de sexo (afectando tanto al personal femenino como al masculino) ya que una sociedad mercantil municipal con una plantilla mayoritariamente femenina tenía una estructura salarial más desfavorable que los trabajadores del Ayuntamiento, aplicando la teoría de la «fuente única» que determina los elementos retributivos de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento y de la jurisprudencia europea -Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 2002 (C-320/00)-. De esta forma, la Sala de lo Social condena solidariamente a la sociedad municipal y al Ayuntamiento.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de junio de 2023 (rec. 829/2022) rechaza que exista la posibilidad de reclamar responsabilidad a un Ayuntamiento por vicios de la construcción en unas viviendas construidas por una sociedad municipal disuelta y liquidada. Considera que la

reclamación al Ayuntamiento se basa en que la sociedad se había disuelto y el Ayuntamiento, como socio único, se había subrogado en sus obligaciones de acuerdo con la legislación de sociedades de capital, pero la Sala se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo (Conflictos) de 19 de junio de 2009 (rec. 80/2008) que considera (en una reclamación similar frente a otra sociedad mercantil local) que:

«La actividad contractual desplegada por EMGIASA, aunque tiene aspectos administrativos y responde a un propósito de favorecer a una parte de la población por un laudable interés social, no atiende a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública -obra pública o servicio público- de su específica competencia, y, con independencia de si realmente existe una responsabilidad como promotora en la función de fiscalización de la obra, o como vendedora, resulta evidente que, dada la naturaleza de la obligación jurídica exigida, se trata de materia sustantiva civil, regulada por preceptos de esta naturaleza».

La Sentencia de la Sala Vasca considera que estaríamos ante una responsabilidad contractual por vicios de la construcción y no una responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual derivada del funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, sería competencia de la jurisdicción civil.

Una postura contraria a la aplicación del artículo 35 de la LRJSP es también la recogida en el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander de 23 de junio de 2021 (rec.140/2021) que parte de que las sociedades mercantiles no son Administraciones públicas y concluye que no pueden ejercer potestades públicas. Respecto de lo dispuesto en el artículo 35 de la LRJSP, afirma que:

«Este precepto ha llevado a algunos autores a entender que esta regulación, al incluir la actuación de la administración a través de sociedades o entes privados, altera el régimen jurisdiccional. Sin embargo, este precepto lo que hace es unificar el régimen sustantivo de la responsabilidad pues, claramente, lo que hace es remitir al régimen del art. 32, es decir, al régimen de responsabilidad objetiva de la administración y no al régimen por culpa del art. 1902 CC que en principio correspondería a la entidad privada actuante. Ni siquiera hace referencia al procedimiento a seguir, que se regula en otra norma, la Ley 39/2015 fuera del

concreto caso de responsabilidad del contratista o concesionario de la administración por daños extracontractuales a terceros en el apartado 9. Es decir, es una norma sustantiva y no procesal, que no altera el régimen jurisdiccional expuesto de la LJ ni la LOPJ».

Considera, por tanto, que el artículo 35 de la LRJSP no altera la competencia jurisdiccional. Esta argumentación permite eludir la competencia, pero entonces no se acierta a entender cuál es el sentido del precepto ni si ha de mantenerse la competencia civil en los casos en los que la Administración matriz niegue la responsabilidad patrimonial del ente privado, ya que en el caso enjuiciado no existía resolución expresa.

4. Conclusiones.

El análisis de la doctrina y -especialmente- la jurisprudencia permite apreciar una importante disparidad de criterios jurisdiccionales que perjudica seriamente la necesaria seguridad jurídica, de tal forma que, ante un daño causado por una sociedad mercantil pública al gestionar un servicio público, existen serias dudas sobre: 1) si acudir directamente a la jurisdicción civil; 2) en ese caso invocar como vulnerados los artículos 32 y ss. de la LRJSP o los artículos 1902 y ss. del Código Civil; 3) interponer reclamación administrativa previa ante la sociedad mercantil o hacerlo ante la Administración matriz como paso previo a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta situación exige una clarificación de la situación creada tras la entrada en vigor del artículo 35 de la LRJSP.

Pese a las dudas de algunos órganos jurisdiccionales, la línea correcta sería la que viene aplicando la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitir la tramitación de reclamaciones cuando se trata de daños causados por sociedades mercantiles públicas que prestan servicios públicos.

La garantía del artículo 106.2 de la Constitución supone que la Administración responde por los daños causados en la prestación de servicios públicos. Por ello, cuando la prestación de tales servicios se realice por entes de la Administración, aun cuando tengan naturaleza jurídico-privada, existe esa responsabilidad y es completamente lógico que la Administración titular del servicio y el ente privado respondan solidariamente. Por

ello, si la Administración titular ha de responder, la competencia jurisdiccional ha de corresponder al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Esta parece ser la línea del artículo 35 de la LRJSP, pero la escasa claridad del precepto y su inserción en la LRJSP que, junto con la LPAC, han sido objeto de múltiples críticas, ha hecho que la administrativización de la responsabilidad de las sociedades mercantiles públicas esté encontrando una fuerte resistencia en la práctica jurídica.

Si esa administrativización/publicación ha de tener algún resultado práctico, no puede tener otra consecuencia que extraer de la jurisdicción civil el conocimiento de las reclamaciones por daños causados por sociedades mercantiles públicas en los casos en los que prestan servicios públicos. Esa administrativización sería el último paso de una línea legislativa que ha querido excluir a la Administración de la responsabilidad extracontractual civil que siempre fue algo ajena a ella (recuérdese la regla *princeps legibus solutus* y el extraño «*agente especial*» del derogado artículo 1903.5 del Código Civil).

En la actualidad, la prestación de servicios públicos de forma directa por la Administración es casi excepcional, siendo lo normal que sean entes públicos sometidos al Derecho privado o contratistas/concesionarios.

Si la realidad fáctica es esa, entonces lo normal es que la responsabilidad derivada de los daños causados en la prestación de los servicios deba imputarse a la Administración titular del servicio que lo presta a través de una sociedad que forma parte de su Administración institucional y sobre la cual ejerce el control.

Esto se contempla en el artículo 35 de la LRJSP al indicar que la responsabilidad de los artículos 32 y ss. se exigirá a las Administraciones públicas cuando presten los servicios públicos a través de entidades privadas, incluso cuando «*la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración*». Si a esa previsión legal unimos el carácter solidario característico tanto de la responsabilidad patrimonial como de la extracontractual aquiliana en los casos en los que varias personas concurren a la producción del daño, habría que concluir que tanto la sociedad mercantil pública como la Administración matriz responden del daño.

El gran fallo de la LRJSP es no haber establecido ninguna previsión procedimental que permitiese poner en práctica lo dispuesto en el artículo 35.

Ante esa situación, lo más correcto sería que la Administración matriz tramitase el procedimiento sin perjuicio de la colaboración de la sociedad, por ejemplo a la hora de emitir el informe del servicio supuestamente causante del daño y de hacer alegaciones como interesada. Se podría decir que la Administración matriz y la sociedad tienen personalidades distintas, pero es un hecho notorio el pleno control que la Administración tiene sobre las sociedades que dependen de ella, aprobando su creación y extinción y nombrando las personas que dirigen tales sociedades. Por tanto, la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial sería un ejercicio legítimo de sus facultades de control.

En cualquier caso, ésta no deja ser una interpretación personal de una norma excesivamente genérica y susceptible de provocar inseguridad jurídica. Corresponde a los tribunales, especialmente a los contencioso-administrativos y a la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, establecer las pautas adecuadas para que los operadores jurídicos y, especialmente, los perjudicados por el funcionamiento de servicios públicos prestados por sociedades mercantiles públicas, sepan a qué atenerse.