



Organismo autónomo. Convenio administrativo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Extracto

Este supuesto gira en torno a la distinta problemática jurídica que se plantea respecto al ajuste a derecho de la creación de un organismo autónomo –contra cuya decisión y estatutos una asociación presentó recurso por diversas razones– y su posterior transformación en sociedad mercantil debido a la insuficiencia para la gestión encomendada con la primitiva forma. Paralelamente, se examina la estimación o no de una acción de responsabilidad patrimonial contra el mismo, por los efectos secundarios producidos por el tratamiento a un interno y el ajuste a derecho de una expropiación forzosa decretada por el mismo. Finalmente, se examina la legalidad de las cláusulas establecidas en un convenio interadministrativo realizado por el mismo con una comunidad autónoma y unos laboratorios farmacéuticos.

Palabras clave: creación de organismo autónomo; transformación en sociedad mercantil; expropiación forzosa; responsabilidad patrimonial; convenio interadministrativo.

Fecha de entrada: 01-07-2019 / Fecha de aceptación: 26-07-2019

Enunciado

El ministro de Sanidad decide constituir un organismo autónomo en el que centralizar todas las competencias relativas a la prevención de enfermedades contagiosas en sectores de población en riesgo. La constitución del mismo se efectúa por medio de la aprobación de la Orden 322/2016, de 17 de octubre, por la que se crea el Instituto para la Prevención de Enfermedades Contagiosas (IPEC). La misma orden aprobó el estatuto regulador del organismo autónomo. Este no se inscribió en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal comenzando, a pesar de ello, el ejercicio de sus actividades.

La Asociación para la Promoción de una Administración Eficiente presentó recurso contra dicha creación alegando:

1. La posible existencia de irregularidades en el procedimiento de constitución del IPEC y consecuencias jurídicas de las mismas, en su caso.
2. La ilegalidad de la constitución del IPEC, dado que sería mucho más eficiente y económico que las tareas las desempeñase un órgano del ministerio.
3. La circunstancia de que el IPEC carece de patrimonio propio.

Contra el estatuto presenta recurso de reposición la misma asociación, al no recoger el contenido mínimo exigido por la normativa.

El organismo necesita ampliar sus instalaciones por lo que acuerda la expropiación de un terreno colindante perteneciente a un solo propietario poniendo en marcha el oportuno procedimiento expropiatorio.

Por parte del ministro de Sanidad le fue encargada la redacción de un proyecto previo a la realización de unas obras en un centro sanitario destinadas a la recepción, tratamiento y aislamiento de enfermos infecciosos y contagiosos. Contra esta decisión presenta escrito una Asociación Nacional de Contratistas señalando que, al no seguir las reglas de la contratación administrativa para la redacción de ese proyecto, incurría en desviación de poder.

Es de hacer constar que ante el IPEC fue presentado un escrito de reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial en tiempo y forma porque, por informe de dicho organismo, se dio el tratamiento prescrito por aquel a una persona con una enfermedad contagiosa produciendo en aquel unos efectos secundarios que derivaron en lesiones de órganos vitales con posterioridad.

Posteriormente, se acordó la transformación del organismo autónomo por ley en sociedad mercantil, con base en el desarrollo y extensión de su actividad y el coste económico que suponía el mantenimiento del organismo que se había ido incrementando progresivamente llegando a ser casi insostenible bajo la modalidad actual. La sociedad mercantil se denominó «Sociedad Estatal para el desarrollo de actividades relacionadas con la prevención de enfermedades contagiosas». El nombramiento de los consejeros recayó en personal ajeno a la Administración. La adquisición por compra de los títulos representativos del capital de la sociedad anónima se acordó por el ministro de Sanidad.

La sociedad mercantil, como consecuencia de acuerdo adoptado por el consejo de administración aprobando un informe del mismo, en referencia con la evolución de un tipo de enfermedad contagiosa, provocó que unos laboratorios farmacéuticos realizaran pruebas en personas, respetando escrupulosamente lo dispuesto en aquel informe, que determinaron el fallecimiento y lesiones graves de varias personas. Esto originó que, previa indemnización acordada con los lesionados y herederos de los fallecidos por parte de los laboratorios, este acabara formulando una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial contra la referida sociedad mercantil, que atribuía la competencia para tal resolución al consejo de administración, que fue desestimada, previo procedimiento instruido al respecto, por lo que acabó acudiendo a la vía contencioso-administrativa. El abogado del Estado solicita, en el trámite de alegaciones previas, la inadmisión del recurso por falta de jurisdicción.

Ante los acuciantes problemas económicos y de falta de financiación llevaron a la sociedad estatal a solicitar la declaración de concurso al juez de lo mercantil competente, en aplicación de la Ley Concursal.

Finalmente, es de destacar que, por parte del organismo autónomo, antes de su transformación en sociedad mercantil, se había celebrado un convenio con una comunidad autónoma y unos laboratorios farmacéuticos. Del mismo destacamos:

- a) Su objeto y finalidad era desarrollar conjuntamente investigaciones para la prevención y tratamiento de ciertas enfermedades y su propagación.
- b) Se encomienda a la comunidad autónoma la realización de los proyectos que deben preceder a la realización de obras en centros hospitalarios del Estado para la construcción o adaptación de inmuebles o dependencias cuyo fin sea la estancia con enfermedades contagiosas.
- c) El importe del gasto en lo que se refiere a la Administración General del Estado era de 13.000.000 de euros.
- d) En lo que se refiere al organismo autónomo el convenio fue realizado, suscrito y firmado por el presidente del organismo autónomo.
- e) Los laboratorios percibirán un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar las actuaciones financiadas hasta un límite máximo del 15 % de la cantidad total a percibir.

- f) El convenio se perfeccionará y entrará en vigor el día de la prestación del consentimiento de las partes.
- g) El convenio se extinguirá por el acuerdo de dos de las tres partes intervinientes.

Cuestiones planteadas:

1. Analice, de forma razonada, los argumentos que utiliza la asociación para recurrir; legitimación de la misma, recurso interpuesto y órgano/s competente/s. Indique, finalmente, si el acto era recurrible. Igualmente analice el recurso de reposición interpuesto contra los estatutos del organismo.
2. Analice la expropiación decretada y si esta no fuera viable cómo podría adquirir el terreno necesario.
3. Analice el escrito presentado por la Asociación de Contratistas.
4. ¿Qué debe hacer el organismo autónomo ante el escrito presentado por el enfermo?
5. Ajuste a derecho de la transformación del organismo autónomo en sociedad mercantil y análisis del ajuste a derecho de las circunstancias concurrentes en dicha sociedad mercantil.
6. Ajuste a derecho de la alegación del abogado del Estado, en el proceso contencioso-administrativo por desestimación de la sociedad mercantil de la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial elevada por los laboratorios, solicitando la no admisión del recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción.
7. ¿Qué acordará el juez de lo mercantil ante la solicitud de declaración de concurso de la sociedad estatal?
8. Analice todo lo concerniente al convenio celebrado.

Solución

1. Argumentos de la asociación en su recurso

A) La posible existencia de irregularidades en el procedimiento de constitución del IPEC

El artículo 98.1 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), define a los organismos autónomos como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión

de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contra-prestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta.

a) No inscripción en el Registro del Sector Público Estatal

El artículo 83.1 señala lo siguiente:

El titular del máximo órgano de dirección de la entidad notificará, a través de la intervención general de la Administración correspondiente, la información necesaria para la inscripción definitiva en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, en los términos previstos reglamentariamente, de los actos relativos a su creación, transformación, fusión o extinción, en el plazo de treinta días hábiles a contar desde que ocurra el acto inscribible. En la citada notificación se acompañará la documentación justificativa que determina tal circunstancia.

Por su parte, el artículo 82.1 especifica:

El Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local se configura como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Por tanto, la inscripción es obligatoria, pero no es constitutiva e imprescindible para la constitución como tal del organismo autónomo, sino que es un requisito de prueba de su existencia y publicidad. Por tanto, las actuaciones que pudiera realizar sin el cumplimiento de este requisito son válidas con arreglo a derecho, sobre todo las que pudieran afectar a las relaciones jurídicas con terceros; ello sin perjuicio de la oportuna responsabilidad del titular del máximo órgano que incumplió la obligación que le imponía el citado artículo 83.1.

b) Creación por orden ministerial

Según el artículo 91:

1. La creación de los organismos públicos se efectuará por ley.

2. La ley de creación establecerá:

a) El tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el departamento de dependencia o vinculación.

b) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

3. El anteproyecto de ley de creación del organismo público que se eleve al Consejo de Ministros deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan inicial de actuación, junto con el informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que valorará el cumplimiento de lo previsto en este artículo.

Conforme al artículo 92.1 debe ir precedido de un plan de actuación con un contenido concreto y mínimo que allí se comprende. Igualmente se debe aprobar el estatuto regulador del organismo, con el contenido mínimo del artículo 93.1.

Esa orden ministerial de creación del organismo autónomo es nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), pues nos encontramos ante una incompetencia manifiesta del ministro por razón de la materia, procediendo la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho conforme al artículo 106.1 de la LPAC.

c) Aprobación del Estatuto por orden ministerial

El artículo 93.2 de la Ley 40/2015 señala que:

Los estatutos de los organismos públicos se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas [hoy, y Función Pública] y del Ministerio al que el organismo esté vinculado o sea dependiente [en este caso, Ministerio de Sanidad].

Y el 92.3 que «Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público».

Respecto a la posibilidad de delegación por parte del Consejo de Ministros el Ministro de Sanidad en el artículo 20 de la Ley 50/1997, del Gobierno, se refiere a la delegación y avocación de competencias:

1. Pueden delegar el ejercicio de competencias propias:

a) El presidente del gobierno en favor del vicepresidente o vicepresidentes y de los ministros.

b) Los ministros en favor de los secretarios de Estado y de los subsecretarios dependientes de ellos, de los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas y de los demás órganos directivos del ministerio.

2. Asimismo, son delegables a propuesta del presidente del Gobierno las funciones administrativas del Consejo de Ministros en las Comisiones Delegadas del Gobierno.

3. No son en ningún caso delegables las siguientes competencias:

- a) Las atribuidas directamente por la Constitución.
- b) Las relativas al nombramiento y separación de los altos cargos atribuidas al Consejo de Ministros.
- c) Las atribuidas a los órganos colegiados del Gobierno, con la excepción prevista en el apartado 2 de este artículo.
- d) Las atribuidas por una ley que prohíba expresamente la delegación.

En conclusión, las funciones administrativas del Consejo de Ministros solo son delegables en las Comisiones Delegadas del Gobierno, no en los ministros.

Por tanto, nos encontramos con otro vicio de nulidad del artículo 47.2 de la LPAC.

Respecto al recurso contra el estatuto, sin duda alguna, se trata de una disposición de carácter general por lo que no cabría recurso administrativo de reposición contra el mismo a tenor del artículo 112.3 de la LPAC. De manera que, de acuerdo con el artículo 116 de dicha ley, se resolverá no admitiéndose.

d) Legitimación de la asociación recurrente

La legitimación supone la existencia de un interés que ha de ser «legítimo», concepto este, el de «interés legítimo» que es el empleado por el artículo 24.1 de la Constitución española 1978 (CE) y ha de ser interpretado de una forma más amplia que el de «interés directo» y que, en todo caso, ha de entenderse referido a un interés en sentido propio, cualificado o específico (STC 257/1989, de 22 de diciembre). Pero en todo caso es preciso la existencia de una relación unívoca entre el sujeto que interpone el recurso (demandante) y el objeto del proceso, relación que supone la existencia de legitimación.

La legitimación requiere de la existencia de un interés que pueda ser calificado como real, ya que la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real (STS de 23 de mayo de 2003), y ese interés legítimo del artículo 24 de la CE «equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta» (STC 97/1991, de 9 de mayo, y STS de 7 de noviembre de 2005) o como «una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto» (STC 38/2010, de 19 de julio). Es necesario un interés legítimo (y directo) no siendo suficiente con que concurra un interés indirecto. Por ello se ha considerado que no basta con un «interés indirecto», puesto que no es suficiente para otorgar a la actora legitimación para impugnar los actos objeto del procedimiento de instancia (STS

de 30 de enero de 2007), situación que se produce cuando existen mecanismos para la defensa de esos intereses, pues en otro caso se podría permitir una actuación procesal doble y contradictoria en defensa de tales intereses.

En el caso que analizamos no cabe duda de que existe el interés si se trata de una asociación debidamente inscrita en el registro del Ministerio del Interior porque su objeto social es la defensa de la eficacia y eficiencia en la actuación administrativa.

e) Recurso interpuesto y órgano/s competente

Puede ser el potestativo de reposición o, directamente, el contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11 de la Ley 29/1998). Tras la sentencia de esta, si se dieran los requisitos exigibles cabría, en su caso, recurso de casación ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (arts. 12 y 96 y ss. de la Ley 29/1998).

f) ¿Era recurrible el acto de la creación del organismo autónomo?

Se trata de un acto administrativo que está sometido al Derecho Administrativo, fundamentalmente, a las prescripciones de la Ley 40/2015 en cuanto a su creación, órgano competente, requisitos precisos, aprobación del estatuto, etc. Por tanto, se tratan todos ellos de elementos reglados que es preciso respetar y, si no se hace, es posible el control jurisdiccional. No se trata de un acto de gobierno que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) permite su control jurisdiccional solo sobre determinados aspectos, sino de un acto administrativo.

B) La ilegalidad de la constitución del IPEC, dado que sería mucho más eficiente y económico que las tareas las desempeñase un órgano del ministerio

El artículo 81.1 y 2 de la Ley 40/2015 señala:

1. Las entidades que integran el sector público institucional están sometidas en su actuación a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera así como al principio de transparencia en su gestión. En particular se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales.

2. Todas las Administraciones públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.

Por su parte, el artículo 85.3 determina lo siguiente:

Todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal están sujetas desde su creación hasta su extinción a la supervisión continua del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Intervención General de la Administración del Estado, que vigilará la concurrencia de los requisitos previstos en esta ley. En particular verificará, al menos, lo siguiente: a) La subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación; b) Su sostenibilidad financiera y c) La concurrencia de la causa de disolución prevista en esta ley referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos. Las actuaciones de planificación, ejecución y evaluación correspondientes a la supervisión continua se determinarán reglamentariamente.

Finalmente, el artículo 92.1 indica que:

El plan inicial de actuación contendrá, al menos: a) Las razones que justifican la creación de un nuevo organismo público, por no poder asumir esas funciones otro ya existente, así como la constatación de que la creación no supone duplicidad con la actividad que desarrolle cualquier otro órgano o entidad preexistente y b) La forma jurídica propuesta y un análisis que justifique que la elegida resulta más eficiente frente a otras alternativas de organización que se hayan descartado.

La potestad de autoorganización es aquella que permite a cada Administración pública estructurar sus propios medios y servicios del modo que más convenientemente resulte para el mejor ejercicio de sus competencias y la más adecuada satisfacción de sus fines. Cada Administración tiene que decidir cómo articula los servicios públicos de su competencia.

Por tanto, en principio es una potestad discrecional que debe ejercer con respecto a los requisitos reglados y a las exigencias legales y, por ello, es controlable, desde el punto de vista jurisdiccional. Ahora bien, si cumple con todos esos requisitos y entiende que es preciso y necesario para la mejor prestación del servicio público y de los intereses generales la creación de un ente institucional, ningún inconveniente hay para ello. Nadie está en mejor situación que la Administración para saber si debe proceder o no a la creación del ente institucional porque ella conoce, en principio, mucho mejor, las necesidades y medios para solventarlas. En este caso concreto, todavía más, por el carácter técnico y especializado que ha de cumplir el organismo creado.

C) La circunstancia de que el IPEC carece de patrimonio propio

El artículo 98.1 de la Ley 40/2015 señala que los organismos autónomos son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y auto-

nomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta.

Por su parte, el artículo 101 relativo al régimen económico-financiero y patrimonial señala que:

1. Los organismos autónomos tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración pública, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares.

La gestión y administración de sus bienes y derechos propios, así como de aquellos del patrimonio de la Administración que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo a lo establecido para los organismos autónomos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre.

En su apartado 2 enumera las fuentes de las que pueden provenir los recursos económicos de los organismos autónomos.

Además, el artículo 93.1 indica uno contenido del estatuto, el patrimonio que se les asigne y los recursos económicos que hayan de financiarlos.

Y el artículo 92.1 c) relativo al plan de actuación especifica que contendrá el anteproyecto del presupuesto correspondiente al primer ejercicio junto con un estudio económico-financiero que acredite la suficiencia de la dotación económica prevista inicialmente para el comienzo de su actividad y la sostenibilidad futura del organismo, atendiendo a las fuentes futuras de financiación de los gastos y las inversiones, así como a la incidencia que tendrá sobre los presupuestos generales del Estado.

Por lo tanto, de todos esos artículos se deduce que el patrimonio es elemento esencial del organismo público para el cumplimiento de sus fines de manera que si no se le ha asignado el mismo falta un elemento esencial constitutivo para que pueda crearse, con arreglo a derecho, el organismo autónomo. Por lo que la ausencia del mismo provoca la nulidad de su creación. Todo ello con independencia de que la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, pueda generar nuevos medios económicos financieros o adscribir bienes al organismo autónomo para el cumplimiento de sus fines.

2. Analice la expropiación decretada y si esta no fuera viable cómo podría adquirir el terreno necesario

Es una expropiación nula de pleno derecho por ser órgano manifiestamente incompetente el organismo autónomo para llevar a cabo la expropiación forzosa. En este sentido,

el artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 26 de diciembre de 1954 señala que la expropiación forzosa solo podrá ser acordada por el Estado, la provincia y el municipio –ahora hay que añadir también, a las comunidades autónomas–.

Igualmente, el artículo 89.2 de la Ley 40/2015 especifica que, dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.

De manera que esta expropiación forzosa sería nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta del órgano expropiante a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 b) de la LPAC.

La forma de adquirir este terreno perteneciente a un particular sería dirigirse a la Administración General del Estado, Ministerio de Sanidad, al que está adscrito, para que, actuando como administraciones expropiantes pusiera en marcha el oportuno procedimiento de expropiación forzosa mediante la aprobación del correspondiente proyecto de obras, en cuyo caso, se entendería implícita la declaración de utilidad pública. De esta manera, el organismo autónomo actuaría como beneficiario de dicha expropiación forzosa a tenor de lo establecido en el artículo 2.2 de la LEF.

3. Analice el escrito presentado por la Asociación de Contratistas

Con respecto a la naturaleza del escrito presentado, parece que se trata de un recurso potestativo de reposición o, directamente, el recurso contencioso-administrativo, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11 LJCA).

Respeto a su legitimación, en principio, parece tenerla, a tenor de lo dispuesto en los artículos 4 de la LPAC y 19 de la LJCA, puesto que se trata de una asociación nacional de contratistas y pueden tener interés en que se apliquen las reglas de la normativa sobre contratación administrativa evitando que la administración eluda su cumplimiento.

El artículo 86 de la Ley 40/2015 referido a medio propio y servicio técnico en relación con las entidades integrantes del sector público institucional señala que:

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre [debe entenderse hoy la Ley 19/2017, de Contratos del Sector Público].
2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestacio-

nes en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

Por su parte, el artículo 24 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011 (TRLCSF), establece:

1. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de estos sea inferior a 5.225.000 euros, cuando concurra alguna de estas circunstancias:

- a) Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
- b) Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
- c) Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
- d) Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113.
- e) Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
- f) Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
- g) Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 122.5.
- h) Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 150.3 a).

[...]

La realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16, y concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos.

Se exceptúan de estas limitaciones los servicios de la categoría 1 del anexo II cuando estén referidos al mantenimiento de bienes incluidos en el ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[...]

6. A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1 n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

4. ¿Qué debe hacer el organismo autónomo ante el escrito presentado por el enfermo?

Con base en el artículo 92 de la LPAC, que señala que, en el caso de las entidades de derecho público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo, si las normas que determinan su régimen jurídico establecen el órgano a quien corresponde la resolución del procedimiento, debiéndose admitir el escrito y tramitar el oportuno procedimiento adminis-

trativo previsto en la Ley 39/2015. Si no fuera así, dará traslado del escrito al ministro de Sanidad para que tramite el oportuno procedimiento.

5. Ajuste a derecho de la transformación del organismo autónomo en sociedad mercantil y análisis del ajuste a derecho de las circunstancias concurrentes en dicha sociedad mercantil

A) Transformación

Es el artículo 87 de la Ley 40/2015 el referido a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal señalando:

1. Cualquier organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación del sector público institucional estatal podrá transformarse y adoptar la naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades citadas.
2. La transformación tendrá lugar, conservando su personalidad jurídica, por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones.

La transformación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.

Por otro lado, el artículo 111.1 de la Ley 40/2015 señala que se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal:

- a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración General del Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

B) Ajuste a derecho de que se haga por ley

En relación con la forma de llevar a cabo la transformación, el artículo 87.3 señala que la transformación se llevará a cabo mediante real decreto, aunque suponga modificación de la ley de creación. En este caso se ha llevado a cabo por ley, pero quien puede lo más puede lo menos. Si la creación se hace por ley, no cabe duda de que la ley puede acordar su modificación, y hasta su extinción. Por tanto, no existe infracción del ordenamiento jurídico alguno.

En todo caso, si el Gobierno entendiera que las cámaras han invadido su competencia, debería plantear conflicto entre órganos constitucionales del Estado regulado en los artículos 73, 74 y 75 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, pues la creación está condicionada por la dirección estratégica que fije el Gobierno en el marco de la política económica, por lo que pueden fijarse para cada empresa líneas de actuación y prioridades, e impartir instrucciones concretas a las entidades de capital íntegramente público, así como a los consejeros y administradores que hayan nombrado en las sociedades de capital mixto. Asimismo están sometidas a un control funcional y de eficacia.

C) ¿Existían razones para la transformación?

Con respecto al ajuste a derecho de la transformación desde el punto de vista de las razones que llevaron a tal decisión, el artículo 87.4 especifica lo siguiente:

Cuando un organismo autónomo o entidad pública empresarial se transforme en una entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o en una fundación del sector público, el real decreto mediante el que se lleve a cabo la transformación deberá ir acompañado de la siguiente documentación:

- a) Una memoria que incluya: 1.º Una justificación de la transformación por no poder asumir sus funciones manteniendo su naturaleza jurídica originaria. 2.º Un análisis de eficiencia que incluirá una previsión del ahorro que generará la transformación y la acreditación de inexistencia de duplicidades con las funciones que ya desarrolle otro órgano, organismo público o entidad preexistente. 3.º Un análisis de la situación en la que quedará el personal, indicando si, en su caso, parte del mismo se integrará, bien en la Administración General del Estado o bien en la entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación que resulte de la transformación.
- b) Un informe preceptivo de la Intervención General de la Administración del Estado en el que se valorará el cumplimiento de lo previsto en este artículo.

Y el 87.5 indica:

La aprobación del Real Decreto de transformación conllevará:

- a) La adaptación de la organización de los medios personales, materiales y económicos que resulte necesaria por el cambio de naturaleza jurídica.
- b) La posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la Administración General del Estado. En su caso, esta integración se llevará a cabo de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable.

Por su parte el artículo 114 de la LRJSP relativo a la creación y extinción de sociedades mercantiles establece:

1. La creación de una sociedad mercantil estatal o la adquisición de este carácter de forma sobrevenida será autorizada mediante acuerdo del Consejo de Ministros que deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan de actuación que contendrá, al menos:

a) Las razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades. A estos efectos, deberá dejarse constancia del análisis realizado sobre la existencia de órganos o entidades que desarrollan actividades análogas sobre el mismo territorio y población y las razones por las que la creación de la nueva sociedad no entraña duplicidad con entidades existentes.

b) Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado.

c) Los objetivos anuales y los indicadores para medirlos.

Al acuerdo de creación de la sociedad mercantil estatal se acompañará un informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública o la Intervención General de la Administración del Estado, según se determine reglamentariamente, que valorará el cumplimiento de lo previsto en este artículo.

D) Nombramiento de administradores que no son personal al servicio de la Administración

Por lo que se refiere a la organización interna, corresponde a la Administración matriz el nombramiento de los administradores. En el caso de consejeros, pueden ser cargos o funcionarios públicos de la propia Administración. El personal a su servicio puede ser laboral o de alta dirección.

El artículo 180 de la LRJSP respecto a los administradores señala que:

1. El ministro al que corresponda la tutela de la sociedad propondrá al ministro de Hacienda o al organismo público representado en su junta general, el nombramiento de un número de administradores que represente como máximo, dentro del número de consejeros que determinen los estatutos, la proporción que el Consejo de Ministros establezca cuando acuerde lo previsto en el artículo 169 d) de esta ley.

Y el 181 que los nombramientos del presidente del consejo de administración y del consejero delegado o puesto equivalente que ejerza el máximo nivel ejecutivo de la sociedad

se efectuarán por el consejo de administración, a propuesta del ministro de tutela –si no se ha especificado, el ministro de Hacienda–.

E) La adquisición por la Administración General del Estado de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles se acordó por el ministro de Sanidad

El artículo 171 de la LPAP referido a la adquisición de títulos valores señala que la adquisición por la Administración General del Estado de títulos representativos del capital de sociedades mercantiles, sea por suscripción o compra, así como de futuros u opciones, cuyo activo subyacente esté constituido por acciones, se acordará por el ministro de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros, en los supuestos que así lo establezca esta ley u otras que resulten de aplicación, con informe previo de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

El artículo 169.1 de la LPAP dispone que:

Sin perjuicio de las autorizaciones del Consejo de Ministros a que esta ley y otras específicas someten determinadas actuaciones de gestión del sector público empresarial del Estado, compete al Consejo de Ministros: [...] h) Autorizar los actos de adquisición o enajenación de acciones de las sociedades a que se refiere el párrafo d) del artículo 166.1 de esta ley cuando impliquen la asunción de posiciones de control, tal y como quedan definidas en el citado artículo, o la pérdida de las mismas.

Luego estamos en presencia de un acto nulo de pleno derecho, a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, por ser órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia.

6. Ajuste a derecho de la alegación del abogado del Estado, en el proceso contencioso-administrativo por desestimación de la sociedad mercantil de la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial elevada por los laboratorios, solicitando la no admisión del recurso contencioso-administrativo por falta de jurisdicción

Carece de razón el abogado del Estado.

El artículo 113 de la Ley 40/2015 señala que las sociedades mercantiles estatales se registrarán por lo previsto en esta ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.

En este caso, los administradores no eran personal al servicio de la Administración pública. Ahora bien, conforme al artículo 2 de la Ley 40/2015 –que, en parte, coincide con lo dispuesto en el art. 84–, que determina el ámbito subjetivo de la ley, señalando que:

1. La presente ley se aplica al sector público que comprende: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las comunidades autónomas. c) Las entidades que integran la Administración local. d) El sector público institucional.
2. El sector público institucional se integra por: a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas. b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

A la vista de lo anterior si existe responsabilidad patrimonial en que incurre la sociedad mercantil, no cabe duda alguna de que será exigible por la vía administrativa y contencioso-administrativa porque se trata de Administración pública.

A esto no debe oponerse que el artículo de la Ley 40/2015 referido al régimen de responsabilidad aplicable a los miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales designados por la Administración General del Estado establece que:

1. La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó.
2. La Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

Lo cual tan solo será reseñable a los efectos de la acción de regreso que puede ejercitar la Administración contra el empleado público que, en este caso, no existe. Esto no quiere decir que pueda reclamar contra el responsable del daño por las otras vías jurídicas admitidas en derecho.

7. ¿Qué acordará el juez de lo mercantil ante la solicitud de declaración de concurso de la sociedad estatal?

El juzgado de lo mercantil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, declarará la no admisión de la solicitud pues no podrán ser declaradas en

concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

8. Analice todo lo concerniente al convenio celebrado

De acuerdo con el artículo 47 de la LRJSP, «son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común».

De la definición se deduce que los convenios son negocios jurídicos bilaterales y que de ellos va a surgir una relación jurídica donde uno de sus sujetos, al menos, ha de ser una Administración pública o una universidad pública. Se desprende también que han de perseguir un fin común a ambos sujetos.

Parece que, en el presente caso, existe ese «fin común» como es la investigación en el campo de las enfermedades contagiosas.

El artículo 48.3 de la LRJSP indica que:

La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Este convenio se encuadra dentro de los convenios firmados entre una Administración pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado. Se corresponden estos convenios con los del segundo tipo de los contemplados en el artículo 4 del TRLCSP. Su característica es que la relación se establece entre la Administración y un sujeto privado. Es cierto que se prevé tan solo el convenio entre la Administración y un sujeto de derecho privado, pero nada impide que pueda ser con otra Administración y con sujeto privado al amparo del principio de libertad de pactos y convenios consagrado en las leyes, siempre que no vayan contra el ordenamiento jurídico y que persigan ese fin común. Todas estas entidades tienen aptitud para suscribir convenios, pero solo «en el ámbito de sus respectivas competencias».

Quedan excluidos del concepto de convenio los acuerdos que tengan por objeto prestaciones propias de los contratos, cuya naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. Por ello, encomendar a la comunidad autónoma que suscribió el convenio la redacción de los proyectos de contratos de obras respecto a la conclusión o adaptación de dependencias para estancia de enfermos contagiosos es un acuerdo que entra dentro de la prohibición citada, puesto que se trata de un contrato de servicios.

El artículo 74.5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), dispone que, con carácter previo a la suscripción del convenio, «se tramitará el oportuno expediente de gasto, en el cual figurará el importe máximo de las obligaciones a adquirir, y en el caso de que se trate de gastos de carácter plurianual, la correspondiente distribución por anualidades».

El artículo 48.2 de la LRJSP señala que:

En el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los departamentos ministeriales y los presidentes o directores de las dichas entidades y organismos públicos.

Pero esta norma no es la única que atribuye competencias. El artículo 61 k) la asigna a los ministros y el artículo 62 g) también a los secretarios de Estado cuando no estén reservadas al ministro del que dependan.

Pero el artículo 74.5 de la LGP establece lo siguiente:

Los órganos de los departamentos ministeriales, de sus organismos autónomos y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, competentes para la suscripción de convenios de colaboración o contratos-programa con otras Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas, así como para acordar encomiendas de gestión, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que de aquellos o de estas se derive, sea superior a doce millones de euros.

De manera que la falta de autorización por parte del Consejo de Ministro, obligatoria en este caso al superar los 12.000.000 de euros, supone un vicio de anulabilidad del artículo 47 de la Ley 39/2015 y, por tanto, susceptible de convalidación por el Consejo de Ministros.

El artículo 21.3 de la LGP, que contempla específicamente su aplicación a los convenios, señala:

En el ámbito de la Hacienda Pública estatal, no podrá efectuarse el desembolso anticipado de las aportaciones comprometidas en virtud de convenios de colaboración y encomiendas de gestión con carácter previo a la ejecución y justificación de las prestaciones previstas en los mismos, sin perjuicio de lo que puedan establecer las disposiciones especiales con rango de ley que puedan resultar aplicables en cada caso [...] si bien con una cierta atenuación: «No obstante lo anterior, el acreedor de la Administración, en los términos que se determinen en el convenio de colaboración o encomienda de gestión, podrá tener derecho a percibir un anticipo por las operaciones preparatorias que resulten necesarias para realizar

las actuaciones financiadas hasta un límite máximo del 10 por ciento de la cantidad total a percibir. En tal caso, se deberán asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía salvo cuando el acreedor de la Administración sea una entidad del sector público estatal o la normativa reguladora del gasto de que se trate establezca lo contrario.

Esta cláusula no es ajustada a derecho puesto que se prevé el anticipo del 15 %, por lo que, en virtud de la teoría, la conservación de los actos administrativos puede mantenerse, pero solo hasta el 10 %.

Establece la LRJSP en su artículo 48.8 que «los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes». Ahora bien, la ley se refiere a los convenios perfeccionados con las expresiones «convenios firmados» o «convenios suscritos», lo que demuestra que la prestación del consentimiento se expresa en el acto de su firma o suscripción por los sujetos que convienen, de manera que puede afirmarse que la suscripción es lo que da vida al convenio, en tanto es el momento en el que concurre el consentimiento de las partes, de manera que no comienza a existir hasta que se suscribe. Consecuentemente, la forma escrita no puede reducirse a un mero vehículo que dé certidumbre a la relación; el convenio se perfecciona y adquiere fuerza vinculante a partir de su formalización escrita (suscripción), de manera que podrá demorarse o anticiparse convencionalmente su eficacia, pero habrá quedado perfeccionado desde dicho momento. La solución viene a coincidir con la instaurada en el ámbito contractual a partir de la reforma introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (art. 27 TRLCSP). De otra parte, la forma escrita es la que, como regla general, han de adoptar todos los actos administrativos, a tenor del artículo 36 de la LPAC, y los convenios de colaboración, en cuanto actos, están sometidos a esta exigencia. También en el ámbito contractual rige este principio prohibiéndose la contratación verbal excepto en la contratación de emergencia (art. 28 LCSP). Ahora bien, suscrito y perfeccionado el convenio, su eficacia no es inmediata. El objeto de las obligaciones de las partes (las prestaciones) puede quedar en suspenso por voluntad de las mismas, o por disposición del derecho positivo, hasta la llegada de un término inicial o la producción de una condición suspensiva, desde el momento en que el convenio se perfecciona válidamente, por la concurrencia de las manifestaciones de voluntad, ya puede hablarse del despliegue de una serie de efectos, a los que, a veces, se ha denominado «efectos inmediatos, "eficacia formal" –frente a la eficacia práctica–», o «"eficacia interna" –frente a la externa–», que vinculan a las partes a un comportamiento conforme a las exigencias de la buena fe, de respeto al convenio mismo y de la situación de pendencia que se ha creado, en la que las partes tienen una confianza digna de protección. En nuestro ámbito el artículo 48.8 del LCSP establece una demora general de eficacia cuando señala que:

Los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, al que se refiere la disposi-

ción adicional séptima y publicados en el «Boletín Oficial del Estado». Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la comunidad autónoma o de la provincia que corresponda a la otra administración firmante.

El artículo 51.2 b) de la LRJSP dispone que el convenio se extinguirá por el acuerdo unánime de todos los firmantes. Es obvio que al nacer el convenio de la concurrencia de la libre voluntad de los sujetos que lo suscriben una causa de resolución puede ser el mutuo disenso de los mismos, siempre que existan razones de interés público que lo aconsejen. Ahora bien, la existencia de interés público deberá ser apreciada por todas y cada una de las partes, que deberán ponderar no solo su interés particular sino «la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones» (art. 141.1 c) LRJSP). Según el artículo 74.5 de la LGP requieren la previa autorización del Consejo de Ministros aquellos acuerdos que tengan por objeto la resolución de convenios de colaboración, con independencia del momento en que dichos negocios jurídicos hubieran sido suscritos o formalizados –en este caso, será precisa la autorización del Consejo de Ministros por razón de su cuantía–.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24.
- Ley de Expropiación Forzosa de 26 de diciembre de 1954, art. 2.
- Ley 50/1997 (Gobierno), art. 29.
- Ley 3/2003 (LPA), arts. 2, 92, 93 y 171.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 11, 12 y 96.
- Ley 22/2003 (Concursal), art. 1.
- Ley 47/2003 (LGP), arts. 21 y 74.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47, 92, 106, 112 y 116.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 2, 47, 48, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 91, 92, 93, 98, 101, 111, 113, 114, 180 y 181.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 3 y 4.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 257/1989, 97/2001 y 38/2011.