



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de... solicita mediante escrito de fecha 3 de Noviembre pasado, y registro de entrada en Diputación el 11 de Noviembre, se emita Informe jurídico por parte de este Departamento en relación con el proyecto de creación de una empresa municipal en forma de sociedad anónima para construcción de viviendas de protección pública y, más concretamente, "sobre la total responsabilidad que con carácter civil, mercantil, penal y patrimonial ostentarían (*sic*) los concejales integrantes del Consejo de Administración por su pertenencia al mismo, los Concejales pertenecientes a la Junta General, así como, de la Secretaria de la Corporación...", con especial mención "al principio de universalidad de la responsabilidad y la afección de los bienes conyugales del art. 76, 77, 78 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal". Igualmente, se solicita informe sobre la responsabilidad del Concejal-Gerente, como órgano de la sociedad reconocido en sus Estatutos junto a la Junta General y al Consejo de Administración, en el que podrá participar con voz pero sin voto.

Sin otros antecedentes y en ausencia de cualquier otra información que pudiera resultar relevante a la hora de emitir una opinión fundada sobre la cuestión planteada, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

El régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no ha sido siempre el mismo, de hecho sólo a partir de la aplicación, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, de los artículos 1902¹ y 1903, párrafo quinto, del Código Civil (hasta que este último resultó derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero), comienza a abrirse tímidamente una brecha en la inicial irresponsabilidad del Estado.

Será, precisamente, la Ley de Régimen Local de 1950 la que verdaderamente introduzca el principio de responsabilidad patrimonial administrativa, aplicada a las entidades municipales. Posteriormente, el artículo 121² de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF), de 16

¹ **Código Civil.**

Artículo 1902: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"

² **Ley de Expropiación Forzosa**
Artículo 121



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



de diciembre de 1954, establecerá, ya con carácter general, el derecho a indemnización de los particulares por toda lesión que sufran en los bienes y derechos a que dicha Ley se refería, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Esta responsabilidad se amplía con posterioridad, por medio del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), de 26 de julio de 1957, al extender el ámbito de las lesiones indemnizables a todas aquellas que se produjesen en cualesquiera de los bienes y derechos de los ciudadanos; ampliación que ya había tenido en cuenta el Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), de 26 de abril de 1957, en su artículo 133.1³, de forma explícita.

Con la promulgación de la Constitución Española (CE) de 1978, se consolida el sistema instaurado por la referida LRJAE de 1957, al recoger en su artículo 106.2⁴ la misma garantía de responsabilidad prevista en la citada Ley; hasta que, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), concluye el proceso evolutivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, al regularse en el Título X, artículos 139 a 146 (algunos de ellos parcialmente modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero), la materia objeto del presente Informe.

“1. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

2. En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.”

³ Reglamento de Expropiación Forzosa

Artículo 133.1

“1. Dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes o derechos siempre que sean susceptibles de ser evaluados económicamente, en los supuestos a que se refieren los artículos 120 y 121 de la Ley, con arreglo al procedimiento regulado en los artículos siguientes.”

⁴ Constitución Española

Artículo 106.2

“2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Dichos preceptos resultarán aplicables, con carácter general, a todos los supuestos de indemnización de los daños producidos por los poderes y órganos públicos, hasta el punto de que, como afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 22 de noviembre de 1996, *"cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas,..."* excepcionándose sólo la responsabilidad por actuaciones judiciales, reservada por el artículo 139.4 de la Ley 30/1992 a lo dispuesto en la Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

Así pues, el sistema español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal y como resulta configurado por el precepto constitucional citado y por la LRJPAC de 1992, es un sistema unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas sin excepción, tanto si actúan con sometimiento al Derecho Administrativo, como si lo hacen sujetas al Derecho Privado, que protege por igual a todos los sujetos, garantizándoles un tratamiento patrimonial común, cuando hayan padecido algún daño que deba ser indemnizado.

Por tanto, el principio de responsabilidad patrimonial por "el funcionamiento de los servicios públicos" tiene un alcance general, comprendiendo todo tipo de actuaciones extracontractuales de la Administración, ya sean formativas, jurídicas o materiales, y ya se trate de simples inactividades u omisiones.

Se trata también de una **responsabilidad directa y no subsidiaria**, sin perjuicio de la posibilidad de repetir posteriormente sobre el funcionario o empleado causante por acción u omisión del daño, lo que supone que los particulares tienen derecho a ser resarcidos directamente por la Administración, sin necesidad de reclamar ni de identificar de forma previa a la autoridad, funcionario o empleado público cuya conducta culpable hubiese sido la causante del daño. Se trataría también de una **responsabilidad objetiva o por el resultado**, en el que no interviene la culpa, y en el que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal

SEGUNDO

Tras el establecimiento por la vigente CE de un sistema económico dual (esto es, por una parte, en su artículo 38⁵, reconoce el principio de libertad de empresa en el marco

⁵ Constitución Española
Artículo 38

"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

general de una economía de mercado, y por otra, reconoce también la iniciativa de las Administraciones Públicas para participar en la actividad económica en general, artículo 128.2⁶, abandonando de esta forma el anterior principio de subsidiaridad, en virtud del cual las Administraciones Públicas sólo podían intervenir en la libre producción de bienes y servicios públicos, en defecto de intervención de la empresa privada), el sistema de responsabilidad de los denominados genéricamente “entes instrumentales”, de que se valen normalmente las Administraciones Públicas para la prestación de servicios públicos o realización de funciones públicas, no diverge en lo esencial respecto de la regulación general aplicable a la entidad matriz.

En general, ha sido muy criticada por la doctrina administrativista la utilización por las Administraciones Públicas de entes personificados sometidos al derecho privado y especialmente en forma mercantil, fenómeno que ha sido tachado de “huida del Derecho Administrativo”, “burla de numerosas garantías y principios generales del Derecho”, e ineficacia práctica frente a la declarada eficacia o superioridad respecto de las formas públicas de gestión; pero, quizás quepa hablar mejor no de una abdicación del Derecho Público, sino de la utilización de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como medio práctico para ampliar el campo de gestión de las Administraciones Públicas.

Como ya hemos dicho, en la LRJPAC el sistema de responsabilidad, como el del régimen jurídico y el procedimiento administrativo común, es aplicable a todas las Administraciones Públicas. Pues bien, también será aplicable a los “entes instrumentales” creados por aquéllas, si bien, en este caso, dada la generalidad de la fórmula empleada en su artículo 2.2⁷, la duda es si el régimen diseñado por ésta se aplica íntegramente a todos los “entes instrumentales”, o si puede admitirse una cierta graduación.

⁶ **Constitución Española**
Artículo 128.2

“2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

⁷ **LRJPAC**
Artículo 2.2

“2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

A este respecto, cabe recordar que la derogada LRJAE, en sus artículos 40 y 41, distinguía entre la actividad de Derecho privado, en cuyo caso la jurisdicción competente era la civil, y la actividad producto de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en cuyo caso la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa; distinción que ha perdido vigencia con la aprobación de la LRJPAC, que ha unificado la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones en materia de responsabilidad, de forma que, a partir de ella, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa, con independencia de que la Administración haya actuado en régimen de Derecho privado⁸.

En base a lo expuesto, y teniendo en cuenta la estrecha vinculación de los “entes instrumentales” a la Administración de que dependen, parece que, en principio, debe prevalecer el criterio de aplicación del derecho público respecto de unos organismos (“entes instrumentales”) que ostentan personificación jurídico-pública y están dedicados principalmente a fines públicos.

Cabría, no obstante, defender también el criterio de que sólo cuando las actividades prestacionales desarrolladas por tales entes cumplan una finalidad claramente pública, o sean de servicio público, el régimen de responsabilidad sea el previsto en la LRJPAC, mientras que, si el objeto social de la entidad es la producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación sin necesidad de ningún tipo de potestades públicas, cabe defender la aplicación del régimen sustantivo y procesal civil. Por ello, resulta esencial que la norma creadora del ente empresarial se pronuncie al respecto.

Junto a los organismos públicos en general, estarían las sociedades mercantiles públicas, a las que, en principio, en la medida en que su objeto sea genuinamente empresarial en concurrencia con el sector privado, y sin relación alguna con una competencia pública o un servicio público, no sería de aplicación el régimen jurídico-administrativo de la responsabilidad extracontractual. Ahora bien, cuando presten servicios públicos, o en caso de duda, habría que inclinarse también por la aplicación del régimen diseñado por la LRJPAC, dada su función básica en el conjunto de las Administraciones Públicas y su clara tendencia a que los “entes instrumentales” recuperen un régimen público en su actuación.

⁸ LRJPAC

Artículo 142.6

“6. La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

TERCERO

El término empresa tiene connotaciones fundamentalmente de tipo económico, por eso el concepto de personalidad y su reconocimiento al crear la empresa, en cuanto se erige en elemento titular de las relaciones jurídicas y centro de imputación de los derechos y obligaciones surgidas de la misma, proporciona una mayor claridad a la hora de constituir un centro propio y separado de actividad y de imputación de las consecuencias de dicha actividad; no obstante, al haberse separado la correlación entre forma de personificación y ordenamiento regulador, la naturaleza pública o privada de la personalidad no determina el régimen propio correlativo de las actividades y tampoco el de la responsabilidad.

Así pues, las empresas públicas, según la forma en que se organicen, pueden tener, bien personalidad pública o bien privada, tratándose en todo caso de una cuestión de pura economía de opción para la mejor satisfacción del interés general. En definitiva, con el calificativo público, lo que se quiere decir es que “son” de la Administración Pública, es decir, pertenecientes a ella y situadas jurídicamente bajo su control; esto es, existe una relación directa que se traduce, en primer lugar, en la emanación de directrices, designación y revocación de los integrantes de sus órganos de gobierno, aprobación de sus presupuestos y dotaciones financieras, etc.; y en segundo lugar, aprobación de la memoria de sus resultados y cuentas.

Lo dicho viene a relativizar el propio concepto de la *personalidad jurídica única* de la Administración⁹, hasta el punto de que hoy se trata de privar de relevancia al dato de la personalidad, en cuanto centro de imputación de responsabilidades, incluso en los casos de la limitación de responsabilidad patrimonial en las sociedades mercantiles, mediante la aplicación del principio de responsabilidad general universal del artículo 1911 CC¹⁰. Y ese paso se ha dado con la doctrina civilista del levantamiento del velo de la personalidad, aplicada también al ámbito administrativo; no basta el dato formal de la personalidad jurídica, es preciso, a veces, levantar el velo y comprobar cuál es el sustrato real de la misma, de forma que no sea absolutamente decisivo que la existencia de una personalidad jurídica

⁹ LRJPAC

Artículo 3.4

“4. Cada una de las Administraciones públicas, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.”

¹⁰ Código Civil

Artículo 1911

“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

propia elimine, en todos los casos, la responsabilidad del ente matriz, para lo cual habrá que acudir, en todo caso, al derecho positivo vigente y, más concretamente, a la LRJPAC, que rige respecto de lo que configura la propia Ley como Administración Pública¹¹, en principio, la territorial y la institucional, y dentro de ésta, las Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y régimen, en principio privado, salvo cuando ejercen potestades administrativas.

CUARTO

Por lo que a la Administración Local se refiere, la situación hasta la promulgación de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), de 2 de Abril de 1985, era la de un régimen legal unitario, basado en la aplicación de la LEF y más concretamente del artículo 133.2¹² de su REF, si bien no seguido en todo por la jurisprudencia.

Tras la promulgación de la citada Ley se mantiene la idea de un régimen unitario en línea con lo que para los entes instrumentales disponía el ya aludido artículo 133.2 REF, si bien, el artículo 54¹³ al remitirse a *los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa*, abría la espita de la aplicación del artículo 41 de la hoy derogada LRJAE. Así se deducía también del ROF, cuyo artículo 224.1, en parecidos términos a lo dispuesto en el 41 de la LRJAE, se refiere a que *"cuando la Entidad local explote una*

¹¹ **LRJPAC**
Artículo 2

“1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”

¹² **Reglamento de Expropiación Forzosa**
Artículo 133.2

“2. Las Corporaciones locales y Entidades institucionales quedan sujetas también a la responsabilidad que regula este capítulo.”

¹³ **LRBRL**
Artículo 54

“Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

industria o empresa como persona jurídica de derecho privado, le serán aplicables las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios”.

Sin embargo, los citados preceptos, que consagraban para las “entidades instrumentales” locales la dualidad de jurisdicción, han dejado de tener sentido tras la promulgación de la LRJPAC. Por lo que, en lo que a la Administración Local se refiere, no sólo las entidades locales enumeradas en el artículo 3¹⁴ de la LRBRL, sino también los “entes instrumentales” dependientes de aquéllas, según lo dispuesto en el artículo 2.2¹⁵ de la LRJPAC, estarán sometidos al régimen administrativo de la responsabilidad.

En cuanto a las sociedades mercantiles creadas por los Ayuntamientos hay que partir de dos datos: el primero, que en sus relaciones *ad extra* con terceros se someten íntegramente al ordenamiento jurídico privado civil, mercantil o laboral; y el segundo, que lo característico de esa forma societaria es precisamente la limitación de la responsabilidad por deudas; luego, en principio, no se debe responder por las contractualmente contraídas, ni por las extracontractuales nacidas, mas que con su capital y patrimonio social. Por tanto, en principio, no cabe aplicar el régimen de responsabilidad patrimonial administrativa a las empresas mercantiles en forma societaria. En el mismo sentido se pronuncia también el artículo 85 ter¹⁶ de la LRBRL, según la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

¹⁴ **LRBRL**

Artículo 3

“1 Son Entidades locales territoriales:

- a) El Municipio.
 - b) La Provincia.
 - c) La Isla en los archipiélagos balear y canario
2. Gozan, asimismo, de la condición de Entidades locales:
- a) Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de esta Ley.
 - b) Las Comarcas u otras Entidades que agrupen varios Municipios instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía.
 - c) Las Áreas metropolitanas.
 - d) Las Mancomunidades.”

¹⁵ **Ver Nota número 11**

¹⁶ **LRBRL**

Artículo 85 ter

“1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Ahora bien, como éstas pueden desarrollar dentro de su objeto social no sólo una actividad mercantil o industrial, sino, a veces, la gestión de un servicio público, en definitiva, habrá que estar a lo que dispongan sus Estatutos respecto de su objeto social. Servicio público que habrá de ser entendido en sentido amplio y, por tanto, comprensivo de toda función o actividad administrativa pública en forma regular y continúa, como viene diciendo la jurisprudencia.

QUINTO

Expuesto el régimen jurídico general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, o responsabilidad extracontractual, procedemos a abordar ahora las concretas cuestiones planteadas en el escrito de petición de Informe sobre la responsabilidad civil, mercantil, penal y patrimonial, que pueda recaer sobre los Concejales integrantes de la Junta General y Consejo de Administración de la empresa, Secretaria del Ayuntamiento y Concejal-Gerente.

A este respecto hay que empezar diciendo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54¹⁷ de la LRBRL y 223¹⁸ del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), serán las propias Entidades locales, con carácter general, las que respondan *directamente* de los daños y perjuicios causados a los particulares con motivo de las actuaciones llevadas a cabo por las autoridades y funcionarios que de ellas dependan.

No obstante, hay que recordar también lo dispuesto en los artículos 60¹⁹ del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las

2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.”

¹⁷ Ver Nota número 13

¹⁸ ROF
Artículo 223

“Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación, en ejercicio de sus cargos, de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.”

¹⁹ TRRL



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), artículo 78.1²⁰ de la LRBRL, y 22²¹ del ROF, que sujetan a los miembros de las Corporaciones locales *"a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo"*. Por tanto, con independencia de que el Ayuntamiento deba responder de forma directa y en primer lugar de los daños y perjuicios que sean causados a los particulares por parte de sus autoridades y funcionarios, la responsabilidad de éstos no quedará extinguida y podrá serle exigida por vía de regreso por el propio Ayuntamiento.

Respecto de la responsabilidad de los Concejales y funcionarios que integran los órganos de gobierno de las *sociedades mercantiles locales*, cualquiera que sea la forma jurídica de éstas, puesto que su participación en dichos órganos lo es, precisamente, por su condición de autoridades o funcionarios de la Administración de la que dependan aquéllas, puede decirse otro tanto de lo mismo a lo afirmado en el párrafo anterior; es decir, de su actuación responderá, en todo caso, la respectiva Entidad local de forma directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 144²² de la LRJPAC, sin perjuicio de que ésta pueda exigir

Artículo 60

"Las autoridades y funcionarios de cualquier orden que, por dolo o culpa o negligencia, adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a la Corporación Local los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquéllos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder."

²⁰ **LRBRL**

Artículo 78.1

"1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable."

²¹ **ROF**

Artículo 22

"1. Los miembros de las Corporaciones Locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones Locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

3. La responsabilidad de los miembros de las Corporaciones Locales se exigirá ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitará por el procedimiento ordinario aplicable."

²² **LRJPAC**

Artículo 144

"Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal, que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley."



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

posteriormente dicha responsabilidad a sus autoridades y funcionarios en la forma prevista en el artículo 225.1²³ del ROF.

En cualquier caso, a los administradores de una sociedad anónima, sea ésta pública o privada, siempre les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 124²⁴ y 133²⁵, sobre prohibiciones y responsabilidad, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), con la particularidad de que, en el caso de la responsabilidad en una sociedad anónima pública los posibles acreedores siempre contarán con el respaldo y garantía de la Entidad matriz, esto es, del Ayuntamiento, que como hemos visto responderá en

²³ **ROF**

Artículo 225.1

“1. Las entidades locales podrán instruir expediente, con audiencia del interesado, para declarar la responsabilidad civil de sus autoridades, miembros, funcionarios y dependientes que, por dolo, culpa o negligencia graves, hubieren causado daños y perjuicios a la Administración o a terceros, si éstos hubieran sido indemnizados por aquélla.”

²⁴ **LSA**

Artículo 124

“1. No pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socio-económico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.”

²⁵ **LSA**

Artículo 133

“1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

primera instancia de forma directa de los daños y perjuicios ocasionados por las actuaciones de sus autoridades y funcionarios.

A mayor abundamiento, cabe recordar que ante el hipotético caso de una derivación de responsabilidad en los administradores de la sociedad mercantil en cuestión, por cualquiera de las causas previstas, por ejemplo, en el ámbito tributario o de seguridad social, siempre resultaría más operativo para la Administración acreedora acudir para el cobro de sus créditos a la vía de la compensación, en la forma prevista en la Disposición Adicional Cuarta²⁶ del Real Decreto 2/2004, de 5 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), que actuar por derivación contra los administradores.

SEXTO

En cuanto a la cuestión planteada sobre cómo puede afectar a los bienes conyugales de los miembros de los órganos de decisión de la sociedad, a la luz de los artículos 76, 77, 78 y siguientes de la vigente Ley Concursal, la determinación de la masa activa del concurso integrada por los bienes y derechos del patrimonio del deudor, hay que adelantar que, en principio, si tal situación se produjera, cosa harto difícil estando una Administración por medio, la concursada sería la sociedad nunca los administradores de la misma, por tanto, los bienes a integrar en la masa activa del concurso serían, en todo caso, los de ésta y no los de sus administradores.

No obstante, no cabe desconocer que la nueva legislación concursal, aprobada por la Ley 22/2003, de 9 de Julio, ha introducido importantes novedades en el marco del régimen general de la responsabilidad, al establecer un régimen específico de responsabilidad

²⁶ **TRLRHL**

Disposición Adicional Cuarta

“El Estado podrá compensar las deudas firmes contraídas con este por las entidades locales con cargo a las órdenes de pago que se emitan para satisfacer su participación en los tributos del Estado.

Igualmente se podrán retener con cargo a dicha participación las deudas firmes que aquéllas hayan contraído con los organismos autónomos del Estado y la Seguridad Social a efectos de proceder a su extinción mediante la puesta en disposición de las citadas entidades acreedoras de los fondos correspondientes.

A los efectos previstos en los párrafos precedentes se declara la responsabilidad solidaria de las corporaciones locales respecto de las deudas tributarias o con la Seguridad Social, contraídas por las entidades a que se refieren los párrafos b) y c) del apartado 3 del artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como de las que en su caso se contraigan por las mancomunidades, comarcas, áreas metropolitanas, entidades de ámbito inferior al municipio y por cualesquiera instituciones asociativas voluntarias públicas en las que aquéllas participen, en proporción a sus respectivas cuotas y sin perjuicio del derecho de repetir que les pueda asistir, en su caso.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



concursal, por el incumplimiento por parte de los administradores sociales de una serie de obligaciones que les vienen impuestas en la nueva redacción del apartado 5 del artículo 262 de la LSA.

Más concretamente, la nueva Ley Concursal ha regulado el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso en determinadas circunstancias, cohonestando dicho deber legal con la diligencia exigible a los administradores de las personas jurídicas²⁷, e imponiendo, por ejemplo, un plazo de dos meses para instar el propio concurso desde que se conoce o debió conocerse el estado de insolvencia de la sociedad²⁸. El incumplimiento por parte de los administradores del deber legal de solicitar el concurso de la sociedad, en los casos previamente prefijados en la Ley, puede acarrearles, pues, la exigencia de la referida responsabilidad concursal, cuyo régimen específico y procedimiento viene contemplado en el artículo 172.3 de la LC.

No obstante, la aludida responsabilidad concursal de los administradores, en el hipotético caso, como decimos, de que se llegue a este punto, sólo surgirá si el concurso es calificado como culpable y se abre la fase de liquidación de la sociedad; no, en cambio, si el proceso concursal concluye mediante convenio, como parece lo más probable, si recorremos el velo de la personalidad de la sociedad, en cuyo caso, encontraremos detrás al Ayuntamiento.

Por todo ello, si se atiende a cuantas consideraciones han quedado expuestas, pueden extraerse las siguientes

CONCLUSIONES

²⁷ **LSA**

Artículo 127

“1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal.

2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad.”

²⁸ **LC**

Artículo 5

“1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.o, haya transcurrido el plazo correspondiente.”



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Primera.- El sistema español de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal y como resulta configurado legalmente, es un sistema unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas sin excepción, tanto si actúan con sometimiento al Derecho público, como si lo hacen con sujeción al Derecho privado. Se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria, lo que supone el reconocimiento a los particulares de un derecho a ser resarcidos directamente por la Administración actuante, sin necesidad de reclamar, ni de identificar de forma previa a la autoridad, funcionario o empleado público cuya conducta culpable hubiese sido la causante del daño.

Se trata también de una responsabilidad objetiva o por el resultado, en el que no interviene la culpa, y en el que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal.

Segunda.- La utilización por las Administraciones Públicas de entes personificados para la gestión de los servicios públicos, sometidos al Derecho privado y creados bajo formas mercantiles, no debe, en principio, impedir la aplicación a dichos "entes instrumentales" del derecho público, dada la estrecha vinculación que éstos mantienen con su Administración Pública matriz, si bien cabe defender también el criterio de que sólo cuando las actividades prestacionales desarrolladas por tales entes cumplan una finalidad claramente pública, o sean de servicio público, el régimen de responsabilidad sea el previsto en la LRJPAC. Por ello, resulta esencial que la norma creadora de la empresa municipal se pronuncie al respecto.

Tercera.- Por lo que a la Administración Local se refiere, serán las propias Entidades locales, con carácter general, las que respondan directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares con motivo de las actuaciones u omisiones llevadas a cabo por las autoridades y funcionarios en el ejercicio de su cargo. No obstante, con independencia de que el Ayuntamiento deba responder de forma directa y en primer lugar de los daños y perjuicios causados por parte de las autoridades y funcionarios que de él dependan, la responsabilidad de éstos no quedará extinguida y podrá serle exigida por vía de regreso por el propio Ayuntamiento.

Respecto de la responsabilidad de los Concejales y funcionarios que integran los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles locales, cualquiera que sea la forma jurídica de éstas, puesto que su participación en dichos órganos lo es, precisamente, por su condición de autoridades o funcionarios de la Administración de la que dependen, puede reiterarse lo dicho en el párrafo anterior; es decir, de su actuación responderá, en todo caso,



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

la respectiva Entidad local de forma directa, sin perjuicio de que ésta pueda exigir posteriormente dicha responsabilidad a aquéllos.

Cuarta.- En cuanto a la cuestión planteada sobre cómo puede afectar a los bienes conyugales de las autoridades y funcionarios que integran los órganos de decisión de la sociedad, los procesos concursales que, en su caso, pudieran desarrollarse y, más concretamente, la determinación de la masa activa del concurso integrada por los bienes y derechos del patrimonio del deudor, hay que afirmar que, en principio, si tal situación se produjera, cosa harto difícil estando una Administración por medio, la concursada sería la sociedad nunca los administradores de la misma y, por tanto, los bienes a integrar en la masa activa del concurso serían, en todo caso, los de ésta y no los de sus administradores. No obstante lo cual, no hay que olvidar lo expuesto en el punto sexto del presente Informe.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sule en caso alguno a otros informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 2 de diciembre de 2004