



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y ADE

La persona jurídica administradora en las sociedades cotizadas.

Presentado por:

Pablo del Moral Sánchez

Tutelado por:

Mar Bustillo Sainz

Valladolid, 20 de febrero de 2021.

ABSTRACT

During this final project I will focus on giving a big picture of how capital companies are being regulated today under the Spanish law system with a especial focus in listed companies. To be more concise I will focus on underlying the principal aspects of how a legal entity can manage a capital company under our legislation. I will introduce you to the changes that will be impacting this area in the future in consequence of a change in the Spanish legislation that has been approved.

We will look back and learn how this subject has been regulated in the past and which are the most important laws that have included this topic. Another topic we will be able to read about during this project is how do legal entities administrators will hold responsibilities in capital companies.

KEY WORDS: Listed Company, Securities Market Law, Companies Law, Administrator, Legal Entity.

RESUMEN

Durante este proyecto final me centraré en mostrar un panorama general de cómo se regulan las sociedades de capital en la actualidad bajo el sistema legal español con un interés especial en las sociedades cotizadas. Para ser más conciso, me enfocaré en los aspectos principales de cómo una persona jurídica puede administrar una compañía de capital bajo nuestra legislación. Presentaré los cambios que han impactado en este ámbito como consecuencia de las modificaciones habidas en la legislación española.

Miraremos hacia atrás a efectos de comprender mejor cómo se ha regulado este tema en el pasado y cuáles son las leyes más importantes que lo han incluido. Se considerarán, además, otros aspectos como la responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas en las sociedades de capital.

PALABRAS CLAVE: Sociedad Cotizada, Ley del Mercado de Valores, Ley de Sociedades de Capital, Administrador, Persona Jurídica.

Índice

1. Introducción.
2. Sociedades de capital: las sociedades cotizadas.
3. Precedentes legislativos.
4. La administración de las sociedades de capital por personas jurídicas en la normativa vigente.
 - 4.1 Régimen jurídico de la actividad.
 - 4.2 Deberes del administrador persona jurídica y de su representante: Ley 31/2014.
 - 4.3 Responsabilidad del administrador persona jurídica y de su representante.
 - 4.3.1 La responsabilidad civil del administrador-persona jurídica y de su representante.
 - 4.3.2 La responsabilidad administrativa del administrador-persona jurídica y de su representante.
 - 4.3.3 La responsabilidad penal del administrador persona jurídica y de su representante persona física por delitos de o en la empresa.
 - 4.4 Requisitos de la persona física representante.
5. Las sociedades cotizadas: Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se estudiará la regulación de la administración por parte de personas jurídicas de las sociedades de capital en las que nos centraremos en las cotizadas.

Se trata de un tema actual, en especial en lo referente a las sociedades cotizadas, ya que se ha publicado hace escasos días en el BOE una reforma mediante la cual se elimina esta posibilidad de administración de sociedades cotizadas de capital por parte de personas jurídicas, aunque existen ciertas excepciones que se expondrán más adelante.

En el presente trabajo se llevará a cabo una explicación detallada de las sociedades de capital y de su régimen jurídico. Veremos también cuales son las condiciones que se tienen que cumplir para que una persona jurídica pueda llevar a cabo la administración de las sociedades, así como cuáles son sus deberes como administradores.

2. SOCIEDADES DE CAPITAL: CONCEPTO Y CARACTERES

Previa profundización en el presente tema es necesario explicar brevemente la definición el objeto y las características de las sociedades de capital.

Las Sociedades de Capital se encuentran reconocidas en la Ley de Sociedades de Capital, estas se definen como ¹“La sociedad de capital es una empresa con personalidad legal propia que fundan una o más personas para perseguir un objetivo mercantil. En su calidad de persona jurídica, una sociedad de capital responde ante posibles deudas únicamente con su propio patrimonio, es decir, la responsabilidad se limita a la propia sociedad, es decir, a las aportaciones (acciones, capital social) y no a los bienes privativos de cada socio. En función de la forma jurídica de la sociedad de capital, la capacidad operativa de cada socio dentro de la misma también podría limitarse a su participación financiera”.

Al tratarse de una sociedad de capital, su organización se articula mediante una junta general y del órgano de administración. (Poner al final junto con art 209 LSC y 210)

Dentro de estas podemos encontrar como el Artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital distingue:

- “1. Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

3. En la sociedad anónima, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales.

¹ 1&1 IONOS España S.L.U Startup Guide Sociedad de Capital.

4. En la sociedad comanditaria por acciones, el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo.”

Por tanto, se lleva a cabo una distinción legal entre:

1. Sociedad Anónima. Se permite aportar el 25% de los 60.000 euros en el acto de escritura y el resto en los siguientes cinco años. Dentro de este tipo de sociedad nos encontraríamos con la sociedad anónima cotizada.
2. Sociedad de Responsabilidad Limitada. El capital se podrá aportar en años sucesivos.
3. Sociedad en Comandita por Acciones.

Más concretamente nos encontramos con los siguientes tipos de sociedades capitalistas: Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), Sociedad limitada unipersonal (SLU), Sociedad limitada nueva empresa (SLNE), Sociedad limitada de formación sucesiva (SLFS), Sociedad limitada profesional (SLP), Sociedad anónima (SA), Sociedad comanditaria por acciones, Sociedad Europea.

Ahora bien, todas estas presentan unas características comunes de las cuales son importantes de resaltar las siguientes:

1. Constitución: Se deberá de realizar escritura pública ante notario y la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil. Por lo general será necesario abonar el capital común.
2. Derecho a participar en las ganancias sociales: con las indicaciones del artículo 175 LSC sobre Distribución de dividendos: “1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos, la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social. 2. En la sociedad anónima la distribución de dividendos a las acciones ordinarias se realizará en proporción al capital que hubieran desembolsado.”

3. Órganos de representación: En las Sociedades de Capital no es obligatorio que los socios capitalistas sean los directivos de la empresa. En ocasiones esta diferenciación entre socios capitalistas y socios ejecutivos puede beneficiar a la empresa.

Una vez introducido el objeto de la Ley de Sociedades de Capital y sus respectivas características, cabe hacer referencia a la sociedad cotizada. La sociedad cotizada va a ser siempre una sociedad anónima, esto se debe a que las sociedades cotizadas son aquellas que cotizan en bolsa y tan solo podrán cotizar en bolsa las sociedades anónimas. Por tanto, la sociedad cotizada lo será por la emisión de acciones en el Mercado de Valores o mercados secundarios.

La regulación de las sociedades cotizadas se vio impulsada por la creación de la Ley del Mercado de Valores que impulsó la modernización, el crecimiento y la internalización de las empresas españolas y de su regulación. Actualmente, las sociedades cotizadas representan un valor importante para la economía de nuestro país superando el billón de euros en capitalización total. Estas compañías suponen un pilar fundamental para la empleabilidad en nuestro país, acogiendo un total de un millón cuatrocientos mil trabajadores a cierre del 2020 entre las 35 empresas que forman el IBEX.

Teniendo presentes estos datos, parece lógica la necesidad de una regulación completa y extensa para estas sociedades.

3. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

La Ley de Sociedades de capitales entra en vigor fruto del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (B.O.E. núm. 161, de 3 de julio de 2010, p. 58472). En concreto cabe resaltar el Artículo 3. Régimen legal:

“1. Las sociedades de capital, en cuanto no se rijan por disposición legal que les sea específicamente aplicable, quedarán sometidas a los preceptos de esta ley.

2. Las sociedades comanditarias por acciones se registrarán por las normas específicamente aplicables a este tipo social y, en lo que no esté en ellas previsto, por lo establecido en esta ley para las sociedades anónimas”.

Remontándonos a la Edad Media, en concreto en el siglo XII encontramos una primera jurisdicción mercantil, cuyas decisiones serán, con el tiempo, codificadas. Estos asuntos comenzaron a ser redactados por escrito.

Además, durante este siglo destacan también las ordenanzas municipales entre las cuales cobra mayor importancia el Libro del Consulado del Mar de Barcelona².

Si nos remontamos al original Código de Comercio de 1885³ (texto original publicado en Gazeta de Madrid del 16 de octubre al 24 de noviembre de 1885) observamos como no hay cabida a la regulación de las sociedades anónimas más allá de los escasos artículos que le dedica. Nos encontramos al igual en una época en la que no se conocía la existencia de las

² “El texto legal *Consulado del Mar de Barcelona*, código de derecho marítimo que recopilaba las leyes y costumbres seguidas por los navegantes a lo largo de los siglos, recogía la legislación redactada en el siglo XIII por los antiguos prohombres de mar de Barcelona que quedaría fijada como texto definitivo hacia 1350. El Consulado del Mar, órgano judicial que daría nombre a esta obra, fue el organismo oficial catalán para tratar las cuestiones marítimas y comerciales y ejercer la jurisdicción penal; el código vino a ser, así, el texto de navegación y de derecho mercantil de referencia para todo el Mediterráneo, abarcando más tarde su influencia al Atlántico como base del derecho internacional y de la jurisprudencia mercantil de Europa durante la Edad Media. Este cuerpo de leyes, de enorme repercusión histórica, mantendría su vigencia en Barcelona hasta 1829, fecha en la que sería sustituido por el Código de Comercio Español.” (Editorial S.L. EXTRAMUROS EDICION Consulado del Mar Barcelona, De Pallejà, C, 2007.)

³ Ref. BOE-A-1885-6627.

Sociedades de Responsabilidad Limitada y por ello en dicho Código de Comercio no se encuentra regulado.

Finalmente es en los años 1989 (Ley 19/1989) y 1995 (2/1995) cuando se regula la Sociedad Anónima y la Sociedad Limitada respectivamente.

Por otra parte, centrándonos en la evolución de la regulación de las sociedades cotizadas, ésta ha seguido la misma dirección; en 2003 nace como sociedad especial fruto de la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, añadiendo un título relativo a las sociedades cotizadas con la Ley 26/2003 de 17 de Julio, que modifica también el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre. Mediante este proceso se lleva a cabo una regulación concreta para las sociedades cotizadas, especialmente la referida a:

- “a) Los deberes de información y transparencia.

- b) La definición y régimen de los deberes de los administradores, especialmente en el ámbito del conflicto de intereses.

- c) La obligación de dotarse de un conjunto de mecanismos en materia de gobierno corporativo que comprendan, entre otros, un reglamento del consejo de administración, así como de la junta general.”

Como podemos observar, una de las bases de esta modificación de la Ley del Mercado de Valores guardaba relación con los administradores de las sociedades cotizadas y con los casos de conflicto de intereses, que para las personas jurídicas administradoras serán más extensos y complicados ya que esconden una doble vertiente en cuanto a que existen dos intereses en juego: el conflicto de intereses que afecta al representante físico de la persona jurídica administradora en el que esta en juego el interés de la sociedad administradora (que le ha nombrado representante) y de la sociedad administrada, aunque el representante físico guarda deber a ambas sociedades, veremos más adelante deberá proteger el interés de la administrada dado que ese es el fin último de su nombramiento.

Además, mediante esta modificación se introducen las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo

1564/1989, de 22 de diciembre, dentro de estas modificaciones destacan en primer lugar la del artículo 127 referente al deber de diligencia de los administradores, además se añaden los artículos 127. bis en relación al deber de fidelidad, el 127 ter que hace referencia al deber de lealtad y el 127 quáter referente al deber de secreto. Guarda relación también con el objeto del trabajo la modificación del artículo 133 relativo a la responsabilidad de los administradores.

Finalmente, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital es consecuencia de que en la actualidad se encuentran reguladas en una única ley, fruto de las descoordinaciones que provocaban las dos leyes anteriores.

Con la Ley de Sociedades de Capital de 2010 se derogan ambas leyes anteriores, así como diferentes artículos del Código de Comercio y del la Ley del Mercado de Valores, en concreto “Se derogan las siguientes disposiciones:

- 1.º La sección 4.ª del título I del libro II (artículos 151 a 157) del Código de Comercio de 1885, relativa a la sociedad en comandita por acciones.
- 2.º El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- 3.º La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- 4.º El título X (artículos 111 a 117) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades cotizadas, con excepción de los apartados 2 y 3 del artículo 114 y los artículos 116 y 116 bis.”.

Mediante esta unificación se da paso a una regulación única de todas las sociedades de capital existentes en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad anónima cotizada.

4. LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR PERSONAS JURÍDICAS

4.1 Régimen Jurídico

La regulación actual de la figura del administrador persona jurídica en las sociedades de capital se encuentra en diferentes preceptos de la legislación española. Nos interesan los relativos a la LSC y el Reglamento del Registro Mercantil⁴.

Como artículo básico para realizar este análisis se encuentra el artículo 212 LSC, en primer lugar, su primer punto, “los administradores de las sociedades de capital podrán ser personas físicas o jurídicas”.

Como podemos observar, este artículo permite que las sociedades de capital puedan ser administradas por personas jurídicas.

Nuestro objeto de estudio se limita únicamente a aquellas sociedades de capital con personalidad jurídica; nos encontramos frente a un requerimiento normativo que excluye a aquellas que no posean personalidad jurídica. Esta atribución de personalidad jurídica será otorgada por la ley aplicable en cada país; en nuestro caso debemos mencionar el artículo 9 CC que establece, como ley aplicable a las personas jurídicas, la ley personal que será a su vez determinada por la nacionalidad y “regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.” Posteriormente se añade que se deberá tener en cuenta ambas nacionalidades para aquellos casos en los que se realicen fusiones entre empresas de diferente nacionalidad.

Observamos cómo es esencial la existencia de personalidad jurídica: desde el momento de su adquisición, la sociedad podrá ser administradora de otra sociedad, lo cual nos lleva a plantearnos si las sociedades en formación o las sociedades irregulares podrían ostentar dicho cargo; lo cierto es que algún autor como DEL VALS TALENS⁵ afirma que ciertamente podrían ser administradores de la sociedad sin necesidad de ningún otro requisito, ni siquiera

⁴ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio

⁵ DEL VAL TALENS, Paula, *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 57.

su inscripción posterior en el registro; además añade que será objeto únicamente de la condición suspensiva o resolutoria en caso de que la sociedad lo acuerde.⁶

Como cuestión añadida nos encontramos con dos supuestos de disolución o liquidación de la sociedad jurídica administradora: a) el caso de nombramiento de sociedad administradora a una sociedad incurso en liquidación o disolución, y b) que dicha liquidación o disolución sea sobrevenida. Disolución y liquidación son dos situaciones diferentes: cuando nos encontramos con sociedades en fase de disolución no va a existir incompatibilidad de estas para continuar en el cargo como administradoras, aunque, por otra parte, cuando se designe como administradoras a sociedades que se encuentran dentro de estas causas en su primera fase de disolución, no se podrá asegurar su continuidad en el cargo, dado que estas se encuentran encaminadas al fin del tráfico jurídico.

Aquellas que se encuentran en liquidación, como sabemos buscan el reparto de su haber patrimonial de tal manera que no quede activo en ella.

Entendemos que las empresas que se encuentran en fase de liquidación pueden ejercer sus labores de administración mientras dure el proceso hasta su extinción, ahora bien, como es lógico se va a exigir que esta cuente con un representante permanente.⁷

Ahora bien, en los casos de disolución o liquidación sobrevenida parece lógico que dicha situación tenga que ser comunicada a la sociedad. Cuando nos encontramos frente a un nombramiento de una persona jurídica que se encuentra en el curso de alguna de estas causas, cabe entender que dicho nombramiento tenga que ser consultado a la Junta general.

Por otra parte, nos encontramos con situaciones referidas al concurso de la sociedad, no parece incompatible con el cargo de administrador. El artículo 44.1 en este sentido nos indica que “La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.” Además, parece obvio que se exige como

⁶ Existen dos posiciones: J. CASTAÑER CODINA y E. HERNÁNDEZ SAINZ se muestran a favor de esta postura (de nombramiento no condicional): para ellos la designación de administradores a sociedades irregulares y en formación no tiene por que ser condicional. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA defiende tal nombramiento como condicional.

⁷ JUSTE MENCÍA, J., (*La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales, elección y aceptación del cargo*) *Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde, Vol. 2, 2007, ISBN 978-84-9768-437-8, págs. 853-884.* propone remitir la cuestión a la Junta General, cuestión de la que se aleja levemente PAULA DEL VAL TALENS (*El administrador persona jurídica en las sociedades de capital* op. cit., pag. 58 nota 87.)

requisito que esta función empresarial no haya cesado; por tanto, debemos diferenciar aquellos casos en los que estas facultades se pierden como los casos indicados en el artículo 40.2 LC con la suspensión o concurso necesario (por lo general) o aquél al que se hace referencia en el artículo 40.1 LC, el llamado concurso voluntario (por lo general) o intervención.

Posteriormente, se puede traer a colación la redacción de dicho art. 40:

“1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

2. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215.”

Observamos cómo se exige que sea un representante persona física, con el fin de ejercer las funciones que una persona jurídica no podrá realizar. Se añade la necesidad de que exista un representante en todo momento de manera que cuando el representante físico sea revocado de su cargo, será necesario que exista ya un nuevo representante, pues de lo contrario no surgirían efectos hasta el nombramiento de tal cargo.

Ciertamente, el Reglamento del Registro Mercantil busca completar esta regulación, en concreto en su artículo 143 (RRM) “Nombramiento de administrador persona jurídica.

En caso de administrador persona jurídica, no procederá la inscripción del nombramiento en tanto no conste la identidad de la persona física que aquélla haya designado como representante suyo para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

En caso de reelección del administrador persona jurídica, el representante anteriormente designado continuará en el ejercicio de las funciones propias del cargo, en tanto no se proceda expresamente a su sustitución.”

Además, existe la posibilidad de la designación como representante de uno de sus propios administradores en supuestos en los que el administrador sea una sociedad de capital; en la práctica es frecuente que ambas sociedades sean de la misma naturaleza, es decir, entidad administradora y entidad administrada sociedades de capital.

Además, puede ser que la administración de esta sociedad se organice en forma de Consejo y se atribuya el cargo de administrador a un consejero.

Si nos encontramos en este supuesto de designación como representante a uno de sus propios administradores en supuestos en que el administrador se trate de una sociedad de capital, debemos acudir al artículo 249 LSC, que permite apoderar a cualquier persona, por lo que también será posible que se entreguen poderes generales (delegación de facultades) o especiales a los propios miembros del consejo. HERNÁNDEZ SAINZ afirma que *“es posible que se confiera la representación a un miembro del órgano de administración bajo la forma de delegación si la sociedad es administrada por un consejo, o mediante la concesión de un poder especial que atribuye al administrador la condición de representante voluntario”*⁸ y hace referencia a las siguientes decisiones que habilitan esta cuestión:

1. La Resolución de la *Dirección General de los Registros y del Notariado* (DGRN) del 31 de marzo de 1979 (BOE 25-04-1979) entendía que *“en idéntica persona puedan confluir ambos tipos de representación; ya que una sociedad puede convenir el que un mismo sujeto sea Administrador (incluso Consejero-delegado) si se estima oportuno por el consejo con una duración temporal limitada y con la consiguiente participación durante el periodo de su mandato en las deliberaciones de este órgano social, y que a la vez pueda ostentar unas facultades representativas más o menos amplias, que no se verán de esta forma afectadas por las incidencias de su cargo administrativo en la sociedad, sino por las propias de la extinción de su poder”*
2. La STS de 19 de Febrero de 1997 (Roj: STS 1147/1997), basándose en el artículo 141 LSA, que hoy es el artículo 249 LSC, afirma que es correcto el otorgamiento de poderes, dado que *“no hay ninguna norma imperativa que obligue a que el apoderado no pertenezca al Consejo de Administración, ni tampoco existe otra que delimite las facultades que ha de tener el apoderado para diferenciar su figura de la del Consejero-delegado, de tal*

⁸ ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ: *La administración de sociedades de capital*, Editorial Thomson Reuters, año 2014, pag 231.

manera que la concesión más o menos amplia de los poderes califique jurídicamente su figura con independencia de la voluntad de las partes”.

Por tanto, los miembros del Consejo podrán ostentar poderes generales o poderes especiales, siendo necesario en ambos casos el acuerdo del Consejo, aunque difieren en la mayoría necesaria, siendo preciso un voto favorable de dos terceras del Consejo en poderes generales y una mayoría absoluta para conferir poderes especiales en la sociedad anónima y en la comanditaria.

Además, la autora mencionada en la anterior página defiende que la designación de un administrador con poderes especiales resulta más sencillo que el otorgamiento de poderes generales, dado que se desliga la condición de administrador de la de representante, de tal manera que, en caso de renuncia del consejero no se extingue la relación. Por otra parte, el autor opina que, la delegación de funciones aporta mayor seguridad en lo que respecta al control del ejercicio del cargo. En ambos casos esta delegación deberá, en su nombramiento, diferenciar aquellas facultades que se le confieren, y en caso de ser una delegación general deberá constar la rúbrica que encontramos en el artículo 149 RRM: “1. La inscripción de un acuerdo del Consejo de Administración relativo a la delegación de facultades en una Comisión Ejecutiva o en uno o varios Consejeros Delegados y al nombramiento de estos últimos, deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma.”

4.2 Deberes del administrador persona jurídica y su representante: Ley 31/2014

Nos debemos preguntar cómo regula nuestro derecho la responsabilidad de las personas jurídicas administradores y de sus representantes. El artículo 236.5 LSC nos resuelve la duda equiparando la condición de administrador de la persona física representante de la persona jurídica administradora con la de la persona física administradora: “La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador

persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador.” Observamos así cómo el legislador ha solucionado esta cuestión mediante una equiparación prácticamente total.

Esta equiparación se lleva a cabo como consecuencia de la reforma del artículo 236, según la redacción impuesta por el apartado veinte del artículo único de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («B.O.E.» 4 diciembre).

Además, la doctrina ⁹ ya se posicionaba a favor antes de la necesidad de la Ley 31/2014 y, por tanto, de entender que al administrador persona jurídica se le aplica completo el régimen jurídico propio del administrador y por tanto, sus deberes y obligaciones. Esta Ley venía siendo reclamada por la mayoría de la doctrina, que no entendió cómo la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2011 suprimió en el Senado el apartado segundo del artículo 212.bis del Proyecto de Ley conforme al cual “la persona natural representante de la persona jurídica estará sometida a los mismos deberes... que si ejerciera el cargo en su propio nombre” (300-303 e).

Por otra parte, no era la doctrina la única que parecía posicionarse a favor de esta equiparación, sino que ésta también se podía deducir de la propia Ley de Sociedades de Capital en artículos como el 232.3 LSC en su texto original (este apartado desaparece tras la reforma publicada en 2014), en el que afirma que el deber de secreto recae sobre el representante¹⁰, así como el 231.2.d) (reformado en la Ley 5/2021) del que ya se podía deducir esta interpretación¹¹. Al contrario, existían algunos autores que afirmaban que

⁹ Véase PRADA GONZÁLEZ, J.Mº, “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima.”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Madrid, 1996, ISBN 84-470-0693-X, págs. 2295-2338.; PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, RdS, núm. 20 (2003), p. 78; ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control” en *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal* / coord. por Luis Fernández del Pozo, Gaudencio Esteban Velasco, 2004, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales p. 142., CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica” publicado en “*Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital: (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011, y Real Decreto-ley 9/2012)*”, 2ª ed., 2012, p. 179-201. Pag ISBN: 194. 978-84-9903-946-6. Editorial Aranzadi Thomson Reuters.

¹⁰ Art 232.3 LSC del texto original publicado en 2010 “3. Cuando el administrador sea persona jurídica, el deber de secreto recaerá sobre el representante de esta..”

¹¹ Art 231. “d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el apartado anterior.”

únicamente se podía deducir la obligación del deber de secreto, pero no de lealtad y diligencia.¹²

GARCÍA-VILLARRUBIA afirma que “[s]e trata de la primera ocasión en que el Derecho positivo da respuesta a la cuestión relativa a la responsabilidad de la persona física designada representante de una persona jurídica administradora. Como dispone el artículo 212 bis.1 LSC, cuando el nombramiento de administrador recae en una persona jurídica, es necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.”¹³. De esta manera se establece una regulación necesitada en el ámbito de la persona jurídica administradora en las sociedades de capital que equipara en deberes y responsabilidades (de manera solidaria) a la persona física representante de la persona jurídica administradora con los propios del administrador.

En definitiva, será la persona física (representante de la jurídica) con carácter general la obligada a atenerse a la conducta diligente y leal exigida por la LSC. Existen también ocasiones en las que para que se lleven a cabo estas exigencias se requerirán comportamientos de otros integrantes de la persona jurídica, como los patronos. Por tanto, se hace preciso también, con el fin de cumplir con los deberes generales, seleccionar a un representante físico que pueda cumplir con las exigencias que encontramos en la LSC, es decir, que sea capaz de llevar una administración diligente y honesta.

Como es lógico, en líneas generales, estas responsabilidades derivan del incumplimiento de los deberes que forman el marco en el cual deben actuar los administradores de las sociedades. A continuación, se explican estos deberes:

1. Deber general de diligencia. Nos referimos aquí al artículo 225.1 LSC que dice lo siguiente: "los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos". Resulta interesante contrastar la diligencia requerida en la

¹² Postura que defienden autores como CASTELLANO RAMÍREZ, M^a. J., *El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia*, Revista de derecho de sociedades, ISSN 1134-7686, N^o 23, 2004, págs. 117-144.

¹³ García-Villarrubia, M “*El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*.” Uría Menéndez., n.º 59 (2018), concluye: “*Aunque aparecía en el artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, esta previsión de la Ley es también relativamente reciente, pues fue introducida por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Faltaba, sin embargo, una regulación expresa de los deberes y de la responsabilidad de la persona física designada representante del administrador persona jurídica*”

Ley de Sociedades de Capital (diligencia de un buen profesional) con aquella que conocemos del Código Civil, la cual viene resumiéndose en la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1104.2 CC).

De esta manera, podemos encontrarnos con que la diligencia esperada de cada profesional varía dependiendo de sus conocimientos; p. ej., que a un administrador de un banco con estudios económicos suficientes se le vaya a exigir más que a un administrador de una S.A dedicada a la alimentación y sin estudios.

En esta línea, observamos cómo el artículo matiza “la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”, con esto entendemos que el cargo y las correspondientes funciones asignadas definirán el marco de diligencia esperada. Ahora bien, parece también posible que se establezca una responsabilidad diferente para cada uno de los administradores de una misma sociedad en función de los poderes que le hayan sido atribuidos.

Ahora bien, el deber de diligencia cobra especial relevancia en el caso de administradores personas jurídicas, ya que para DEL VAL TALENS *“El desenvolvimiento del mandato de administrador posee una dimensión distinta del supuesto en que el titular sea una persona física. Al proyectarse sobre la persona jurídica, el deber de diligencia se concreta en que su esfera organizativa disponga los medios necesarios para que el representante pueda ejercitar correctamente las funciones que está llamado a cumplir. En otros términos, la esfera orgánica del ente administrador asume una posición facilitadora del ejercicio del mandato por parte de su representante”*¹⁴. Por tanto, podemos observar que va a ser exigible esta misma diligencia profesional, pero con ciertas particularidades.

Otra manifestación del deber de diligencia se concreta en la exigencia al administrador persona jurídica de que se someta a los deberes legales y estatutarios, que se cumplirán si -como ya hemos visto- actúa conforme a la diligencia de un ordenado empresario (art. 225.1 LSC). Este deber conlleva a su vez una obligación más para el administrador en caso de que sea persona jurídica, y es que se exigirá que nombre a un representante que reúna las condiciones específicas necesarias para llevar a cabo la administración de manera adecuada.

¹⁴ DEL VAL TALENS, P., en *el administrador persona jurídica en las sociedades de capital* pag. 320. Op.cit

Además, esta obligación no solo se da en el nombramiento de un representante, sino que se va a exigir el correspondiente apoderamiento con el fin de que pueda realizar las funciones inherentes al cargo de representante. A su vez, la diligencia exigida en el cargo, como ya hemos visto, se podrá moldear para cada administrador en función de dos factores: la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas.

Observar que la sociedad jurídica administradora posee ciertas obligaciones nos lleva a conocer que también podrá incurrir en infracciones del deber de diligencia cuando estas no se cumplan. Esto se dará en aquellas ocasiones en las que la sociedad nombre a un representante que carezca de los requisitos necesarios, un candidato inadecuado, siempre y cuando exista cierta culpa. Además, la sociedad jurídica administradora no cumplirá con su deber de diligencia cuando esta se retrase de manera injustificada en nombrar a un representante, ya sea desde el primer momento o en sustitución de otro, siempre que la ausencia de designación no sea fruto de causa justificada. Estas son las obligaciones propias de la figura de administrador-persona jurídica; fuera de estas encontramos la previsión del artículo 236.5 LSC, que establece que será el representante el sujeto de dichas obligaciones.

El deber de diligencia puede también extenderse a otros deberes como el de discrecionalidad, el de dedicación, el de control, y el deber de información.

En cuanto a este último, el derecho-deber de información, el artículo 225.3 LSC se encarga de definir este deber del administrador "en el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones".

Parece claro que exige una previa *due diligence*¹⁵ al administrador a la hora de realizar actuaciones que puedan impactar en la sociedad estableciéndose no solo como derecho a poder recabar la información necesaria si no también como deber exigible al administrador, y en esta línea el profesor VELASCO SAN

¹⁵ Examinar de manera diligente

PEDRO apunta que “*este deber enlaza con el deber fiduciario de vigilancia o supervisión (duty of monitoring) del que se habla en la jurisprudencia norteamericana y que los administradores solo pueden cumplir plenamente exigiendo y controlando la información necesaria para ejercer diligentemente la administración de la sociedad, comenzando lógicamente por la de la propia sociedad.*”¹⁶

Conviene destacar cuál ha sido la postura del legislador en aquellas ocasiones en las que, habiéndose observado todas las normas legales, se ha producido un daño a la sociedad como consecuencia de una actuación del administrador (o representante, fruto de la equiparación ya estudiada). El legislador se ha posicionado en contra de realizar una interpretación extensa de toda actuación del representante que lesione la sociedad, de tal manera que no va a existir reproche legal alguno al representante, cuando la actuación conforme a la normativa legal haya desembocado en un perjuicio para la administración. Una postura –la del legislador- que en mi opinión es acertada dado que cualquier actividad empresarial, y por equiparación, la de representante o administrador, conlleva riesgos que no pueden ser repercutidos en el administrador o representante, dado que, si no, estaríamos provocando que estos (administradores y representantes) actuasen con miedo constante al resultado de sus actuaciones.

En esta línea, la reforma mencionada ha limitado la extensión de la responsabilidad al administrador y representante, tipificando la llamada *Business Judgment Rule*¹⁷ de origen norteamericano y que busca aportar seguridad a los terceros que contraten con la sociedad, evitando que sus decisiones sean sustituidas por decisiones judiciales posteriores (ex post) al observar falta de la debida diligencia exigible.

¹⁶ Apuntes de Dº Mercantil I (DADE) Uva. © Luis Antonio Velasco San Pedro (2020), pág. 6-8.

¹⁷ La regla del juicio comercial se invoca en los juicios cuando un director de una corporación toma una acción que afecta a la corporación, y un demandante demanda, alegando que el director violó el deber de cuidado hacia la sociedad. En las demandas que alegan que el director de una corporación violó su deber de cuidado con la compañía, los tribunales evaluarán el caso con base en la regla *business judgement rule*. Según esta norma, un tribunal mantendrá las decisiones de un director siempre que se tomen (1) de buena fe, (2) con el cuidado que usaría una persona razonablemente prudente, y (3) con la creencia razonable de que el director actúa en el mejor interés de la corporación. En la práctica, la regla del juicio empresarial es una presunción a favor de la junta. Como tal, a veces se denomina "presunción de juicio empresarial". Se trata de un término acuñado principalmente por los tribunales de Delaware donde radican un mayor número de empresas constituidas en EEUU.

2. Deber general de lealtad. Debemos hacer referencia al artículo 227.1 LSC: "los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad".

Lo cierto es que la LSC no innova con este deber que ya estaba en la LSA; en esta se exigía al administrador obrar como un representante leal.

Posteriormente el artículo 228 y 229 LSC matizan este deber de lealtad de la siguiente manera:

Art. 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad.

En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

“a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.”

Posteriormente el artículo 229 LSC matiza la letra e) del artículo 228 LSC referente al deber de evitar conflictos, de tal manera que obliga al administrador a abstenerse de ciertas decisiones (utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, aprovecharse de oportunidades de negocio de la sociedad a la que administra, obtener remuneraciones a parte por el desempeño de su cargo por terceros, dañar la competencia mediante actividades propias del administrador..., etc.).

En el caso de entidad administradora-persona jurídica existe una peculiaridad. Como ya hemos visto, se deberá nombrar a un representante, y como ya sabemos, este será titular de los derechos y obligaciones propios del administrador-persona física. Ahora bien, el representante en este caso se encuentra en una posición de doble mandatario; esto se debe a que, por una parte, administra la sociedad administrada y por otra, representa a la sociedad administrante, de tal manera que podrán darse ocasiones en las que exista un conflicto de intereses para el representante, fruto de su condición de doble mandatario de dos entes diferentes. Lo cierto es que la lógica nos lleva a pensar que al ser representante de una sociedad con el fin de administrar otra, esta última debe primar sobre los intereses de la representada. El artículo 136.5 impone esta interpretación, de tal manera que será obligatorio priorizar el interés de la sociedad administrada; esto se debe a que no nos encontramos frente dos sociedades en igualdad de condiciones, como el que pudiese tener un representante de dos entidades diferentes. Decimos que estamos frente a dos sociedades que no se encuentran en igualdad de condiciones dado que la persona jurídica debe lealtad a la compañía que administra, de ahí que se deba priorizar los intereses de esta.

El deber de lealtad también engloba otros, como el ejercicio de las facultades con fines adecuados, el deber de secreto, el deber de abstención, la responsabilidad

personal y la independencia respecto de las instrucciones y por último, un estricto régimen de conflictos de interés, como hemos podido observar previamente en los artículos 129 y 130 LSC.

Continuando con el conflicto de interés, podemos establecer una diferenciación entre el conflicto que afecte al titular orgánico con aquel conflicto de interés indirecto, que involucra a una persona vinculada a los administradores sociales y que implica una relación estrecha entre estos y aquella. El artículo 231 LSC se encarga de clarificar cuáles pueden ser las personas vinculadas a los administradores sociales que podrían provocar este conflicto de intereses indirecto. Este artículo dice lo siguiente:

“1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores:

- a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad.
- b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador.
- c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.
- d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.”

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes:

- a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

b) Los administradores, de derecho o, de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior”

De esta manera se aprecia que se establece una lista extensa de sujetos cuyos intereses podrían colisionar frente a los de la sociedad. Además, la Ley decide diferenciar aquellos que podrían estar vinculados al administrador-persona jurídica, objeto de este trabajo. Resulta interesante destacar el punto d) de este artículo, el cual clarifica que aquellos supuestos referidos al administrador-persona física van a ser aplicables también al representante de la persona jurídica, como si este fuera administrador. Este último inciso era necesario, dado que la norma no parece referirse a los representantes ni tampoco establece una categoría aparte para estos, salvo este último punto.

Además, resulta interesante apuntar en materia de sociedades cotizadas la extensión subjetiva del deber de lealtad. Según el informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas presidida por D. Enrique de Aldama y Miñón, “[l]a extensión subjetiva de los deberes de lealtad. Otro elemento decisivo para incrementar la seguridad de los mercados a través de la responsabilidad por infracción de los deberes de lealtad vendría dado por la extensión subjetiva de aquellos deberes cuya naturaleza lo permita a quienes, aún sin ostentar una posición formal de administrar, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar. Tal extensión podría estar más justificada incluso que la propia regla originaria referida a los administradores, puesto que la mayor opacidad de la actividad de estas personas, que a menudo actúan en la sombra o detrás de los órganos de decisión formales, determina una menor eficacia disciplinar de los instrumentos dispuestos por las fuerzas del mercado.

La extensión debiera alcanzar al menos a las siguientes personas:

- i. *a las personas físicas que representan a los administradores que sean personas jurídicas*
- ii. *a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros*
- iii. *a los administradores de hecho, es decir, a aquellas personas que en la realidad de tráfico desempeñan sin título —o con título nulo o extinguido— las anteriores funciones*
- iv. *a los administradores ocultos, bajo cuyas instrucciones suelen actuar los administradores de la sociedad*
- v. *a los accionistas de control”¹⁸*

En mi opinión, se trata de una extensión acertada la propuesta en este informe, que no solo va a vincular a los administradores entendidos en sentido estricto, sino que el deber de lealtad repercute también en aquellos administradores ocultos y de hecho. Esto, a su vez, guarda estrecha relación con la teoría del levantamiento del velo y de la exigencia de responsabilidad al representante persona física como administrador de hecho (entendiendo que se ha utilizado el representante persona física como figura fraudulenta para eludir, o dividir responsabilidades). Además, el informe añade que los accionistas en control también deben observar este deber de lealtad.

4.3 Responsabilidad del administrador persona jurídica y su representante

En este apartado nos referimos a una cuestión regulada de manera muy extensa y diversa dada la posibilidad de diferentes tipos de responsabilidades que se encuentran reguladas en los correspondientes ordenamientos jurídicos (Derecho societario, Derecho tributario, Derecho Administrativo y Derecho penal). La división que aquí se establece es aquella que HERNÁNDEZ SAINZ realiza en su libro *“La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad”*.

¹⁸ Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas. <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>

De nuevo, la reforma que se llevó a cabo el 3 de diciembre mediante la Ley 31/2014 cobra importancia ya que, como hemos podido observar, se equipara en deberes y responsabilidades al representante del administrador-persona jurídica con el administrador-persona física. Se establece de esta manera una equiparación con la regulación francesa y belga al establecer la responsabilidad solidaria entre administrador-persona jurídica y su representante.

Esta responsabilidad solidaria introducida en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fin una mayor protección de los acreedores de una sociedad administrada por una persona jurídica y de todos aquellos sujetos activos que posean las acciones de responsabilidad establecidas en nuestra LSC para los administradores. DEL VAL TALENS afirma que *“el fundamento de la solidaridad pasiva puede situarse en la confianza mutua entre los sujetos responsables, en este caso, entre el ente administrador y la persona natural que lo representa. En esta materia, la existencia de dos reglas de solidaridad, en los arts. 237 y 236 LSC, indica que el legislador observa dos tipos de relaciones fiduciarias, a saber, la que vincula a los administradores entre sí y la existente entre la persona natural representante y el administrador persona jurídica”*¹⁹

Asimismo, la autora destaca la caracterización que posee esta solidaridad que nos aporta el artículo 136.5 LSC:

1. Nos encontramos frente a un régimen de solidaridad legal pasiva. Esto se debe a que los representantes se encuentran vinculados en responsabilidad a cualquier sujeto activo que posea este derecho, la sociedad, los acreedores y los socios.
2. Además, se trata de una solidaridad que no es uniforme. Esto se debe a que los vínculos entre representante y la sociedad administrada posee diferente naturaleza que aquél existente entre ente administrador y la sociedad administrada.
3. Por último, nos referimos a una solidaridad entendida como norma imperativa. Es decir, no se va a poder amoldar a diferentes situaciones ni derogar, y que tiene efectos frente a terceros.

¹⁹ DEL VAL TALENS P. en *el administrador persona jurídica en las sociedades de capital pag.* 320. op. cit.

4.3.1 *La responsabilidad civil del administrador-persona jurídica y de su representante*

En el marco de la responsabilidad civil, nos encontramos con la responsabilidad por daños causados a la sociedad administradora, a sus socios o a terceros; en esta responsabilidad puede incurrir todo aquél que ejerce con las funciones propias de un administrador. En estos casos nos encontramos con dos posibles patrimonios afectos a esta responsabilidad: el del representante y el de la persona jurídica administradora. Como ya hemos visto, el artículo 236 LSC relativo a los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad, en su apartado 5º hace referencia a que ésta recae solidariamente entre ambos.

Lo cierto es que en nuestra normativa se echaba en falta una regulación precisa que desarrollara el régimen de responsabilidad del administrador-persona jurídica, dado que no fue hasta la reforma 31/2014 cuando se incorporó tal regulación con el artículo 236 LSC. Han existido a lo largo de los últimos años diversos proyectos de reforma: el primer intento en 2002, mediante un proyecto de ley cuyo artículo 115.2 establecía igualdad en derechos y deberes y una responsabilidad solidaria. Este Proyecto de Ley no culminó su tramitación. Posteriormente fue el proyecto que dio lugar a la Ley 25/2011 el que intentó implementar de nuevo este modelo, al optar por incorporar el artículo mencionado anteriormente de la Propuesta de Código de Sociedades mercantiles de 2002, pero ese precepto del proyecto fue suprimido durante la tramitación parlamentaria y no vio la luz. Ahora bien, aunque no existiera ese régimen de responsabilidad solidaria, sí que se podía reclamar por otras vías, aunque con el límite de poder obtener tan solo una indemnización ya que, si no, estaríamos ante un claro supuesto de enriquecimiento injusto.

Aunque la reforma asienta las bases legales sobre las cuales se va a poder exigir responsabilidad, tanto a la figura de persona jurídica administradora como al representante de esta, existe la duda de si el ordenamiento jurídico excluye una individualización de culpa y responsabilidad o si, al contrario, podemos admitir la posibilidad de que ambos sujetos en sus relaciones puedan resultar responsables individual e independientemente del otro. Existen dos posturas al respecto: en primer lugar, aquella que niega la posibilidad de excluir la responsabilidad de uno y otro, afirmando por tanto que las actuaciones llevadas a cabo por el representante van a recaer en el ente jurídico administrador sin posibilidad de diferenciación (es decir, sin posibilidad de oponer vicisitudes propias de su relación interna

para eximir la responsabilidad de uno); en segundo lugar, la postura de los autores que entienden que sí es posible la diferenciación de la culpa y, por tanto, se puede dar el caso en el que la responsabilidad recaiga en el representante, pudiendo excluir así al ente administrador de una mala gestión del representante.

Para referirnos a las responsabilidades civiles debemos mencionar los artículos 238 y 241 LSC; sendas formas de responsabilidad tienen carácter resarcitorio; el art. 238 hace referencia a la acción social de responsabilidad que se ejercita fruto de daños provocados a la sociedad y que tiene como legitimador activo a la sociedad perjudicada y subsidiariamente a los socios y acreedores:

“1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

3. El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

4. La aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercitada.”

En cuanto al art. 241, nos introduce en la acción individual de responsabilidad. Dice en concreto:

“Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos.”

El precepto se refiere a una acción que será ejercitable frente a daños directos a terceros o a socios.

Si se aplica el artículo 236 LSC, estas acciones podrán ejercitarse contra el representante y la persona jurídica representada, dada la responsabilidad solidaria que nuestra legislación establece. En cuanto a la distinción de estas acciones, conviene recordar la jurisprudencia; en concreto, la STS 1168/2008, de 27 de noviembre [FD 2o]) que señala:

“Mientras el objeto de la acción social es restablecer el patrimonio de la sociedad, mediante la acción individual se trata de reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros (...) siendo así que la acción del 133.4 LSA busca restablecer el patrimonio tras el daño social, entendido como el sufrido por la propia sociedad titular de la acción, aunque afecte indirectamente a sus socios y acreedores, a quienes también se legitima para su ejercicio-, mientras que la acción individual es una acción personal, que se dirige a la reparación de los perjuicios causados, directa e individualmente, a los intereses e los accionistas y de terceros(...)”.

Distinguiamos así el sujeto activo en cada una de estas acciones: en la acción social se prevé que se ejercite por la sociedad y de manera subsidiaria por los socios minoritarios; además, cuando la sociedad no ejercite esa acción, podrán ejercitarla también subsidiariamente los acreedores, dado que esta inactividad podría acarrear en perjuicios para estos. En la acción individual encontramos como sujeto activo al socio sobre el que recae o tercero que haya sido perjudicado de manera directa.

En esta línea, resulta interesante añadir la jurisprudencia que establece el TS sobre la acción social de responsabilidad. Como señala la STS 732/2014, 26 de diciembre de 2014, de 25 de junio:

“Las cuestiones sobre a quién debía imputarse la conducta, si sólo a los dos administradores demandados o también al resto de los que formaban parte del consejo de administración, es una cuestión extraña al acuerdo y guarda relación con la prosperabilidad de la acción y sus consecuencias, sobre todo si se concluye que la conducta era imputable al consejo, y por ello son responsables solidarios todos sus miembros, tanto los demandados como los no demandados.”

Y continua estableciendo los parámetros que se deben exigir para que se pueda dar la responsabilidad: entiende, así, “«que para dar lugar a la responsabilidad prevista en el mismo (art. 133.1 LSA) es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores; que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; que la conducta del administrador sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; que la sociedad sufra un daño; y que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño»²⁰. Por tanto, los requisitos parecen claros y numerables. De acuerdo con la argumentación contenida en la jurisprudencia mencionada, se deberá exigir:

1. Una actuación, bien activa o bien por omisión.
2. Que este acto u omisión sea imputable al órgano de administración
3. Que este acto sea considerado antijurídico por:
 - a. Infringir la Ley
 - b. Infringir los Estatutos
 - c. No haberse dictado con la diligencia esperable de un ordenador empresario y de un representante legal (visto anteriormente)
4. Que exista un daño a la sociedad
5. Que se pueda vincular dicho daño sufrido por la sociedad a sus administradores.

Además, cabe introducir diferentes acciones que han permitido en las últimas décadas incluir al representante de la sociedad administradora en un régimen de responsabilidad:

1. El régimen general de responsabilidad civil extracontractual. Nos estamos refiriendo al recurso que habilita el artículo 1902 del Código Civil (“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”). Dicha obligación de reparar existe siempre y cuando se hayan sufrido por la sociedad, los socios o los acreedores estos daños, que son consecuencia de actos u omisiones del representante contrarios a la Ley, a los estatutos, o provocados por un incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Además, nos referimos a una acción que es compatible con la demanda al ente administrador. Por tanto, hemos introducido una manera de involucrar al representante en la

²⁰ STS 391/2012, de 25 de junio, con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 de noviembre, y 477/2010, de 22 de julio.

responsabilidad por daños fuera de aquella que ya contemplaba la ley en el artículo 241 LSC y fundamentada por el artículo 1903 que establecía la responsabilidad del empresario por su dependiente.

2. Responsabilidad del representante según el artículo 259 Código de Comercio. Esta opción es planteada por PRADA GONZALEZ ²¹, apoyado en dicho precepto, que establece:

“El comisionista deberá observar lo establecido en las leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiere procedido en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos.”

Para parte de la doctrina esta ha sido una opción viable para poder exigir responsabilidad al representante físico por parte de los socios, terceros o incluso por la propia sociedad. Para otros autores, como HERNÁNDEZ SAINZ este artículo tendrá aplicación frente al representante de la sociedad jurídica administradora en ciertas ocasiones, pero no con carácter general²².

3. Responsabilidad del representante cuando exista una utilización fraudulenta de esta figura: se aplicaría aquí la teoría del levantamiento del velo y administrador persona de hecho. Nos estamos refiriendo a aquellos casos en los que este nombramiento no responde a la finalidad para la que esta figura ha sido creada. Resulta interesante hacer referencia a la jurisprudencia menor que ha venido utilizando esta línea interpretativa. Así, la SJMer de Madrid de 24 de Julio de 2007 establece que el sujeto representante del administrador-persona jurídica es realmente un administrador de hecho, y deduce así que se ha creado esta figura únicamente para eludir las responsabilidades propias del administrador que hemos estudiado. De esta manera se equipara a estos representantes con verdaderos administradores de hecho y concluye señalando que “D. Pelayo fue designado como persona física representante de la entidad Baupres Iberia Corporación S.L, entidad constituida el 20 de noviembre de 2003 -ad hoc para

²¹ PRADA GONZÁLEZ J.Mª *La persona jurídica administradora de una sociedad anónima*, Ed. Civitas, Enero 2014, pp. 2330-2331.

²² ESTHER HERNÁNDEZ SAINZ: *La administración de sociedades de capital*, op. cit. pag 400.

ser nombrada administradora de la entidad Dorlast, S.L. sólo diecinueve días después de su constitución- y con un capital social mínimo de solo 1.010 euros, cuando D. Pelayo ya era representante en el anterior Consejo de Administración de Dorlast, S.L.; b) D. Teofilo fue designado como persona física representante de la entidad Inmobiliaria Inverralia S.L con un capital mínimo de sólo 3.010 euros, cuando D. Teofilo ya era representante en el anterior consejo de administración Dorlast, S.L...”²³. Por tanto, nos encontramos frente a un claro ejemplo de representante que en verdad está actuando como administrador de hecho. Escoger la figura de representante en vez de nombrar administrador físico directamente, tiene un fin ilícito: mitigar las responsabilidades en las que la persona física puede encontrarse fruto de su administración.

Dentro de estos supuestos de utilización fraudulenta podemos distinguir, como ya hemos visto, entre:

- i. Teoría del levantamiento del velo. Se dispone como solución a la utilización fraudulenta de la figura de administrador-persona jurídica. Esta teoría nace fruto de la jurisprudencia, en concreto de la STS de 28 de mayo de 1984, que establece: “CONSIDERANDO que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el "*substratum*" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos,

²³ JUR 2010 389283

del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (artículo diez de la Constitución) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un "ejercicio antisocial" de su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil).”

Nos encontramos frente a una resolución judicial que aplica por vez primera esta doctrina en España y por ello constituye una pieza esencial de la jurisprudencia en nuestro país. Se trata, por tanto, de que los jueces puedan comprobar a los efectos de la protección de terceros de buena fe, cuál es en realidad la función que está cumpliendo el ente jurídico administrador. De esta manera, la sentencia abre camino para que los jueces puedan prescindir de esa apariencia externa que se le presenta para indagar en el fin subyacente y en caso de encuentren esa intención fraudulenta condenarán solidariamente a la sociedad y al representante.

- ii. La equiparación del representante-persona física con el administrador de hecho. Se utiliza también con el objetivo de dificultar la utilización fraudulenta de la figura de representante.

Como su propio nombre indica, en estos casos se va a considerar al representante como verdadero administrador de la sociedad. Esto se dará siempre que se pueda comprobar que el representante cumple con las funciones totales que le corresponderían al administrador jurídico y lleva estas a cabo con independencia y sin instrucciones o directrices de la sociedad jurídica que teóricamente sería la administradora.

Es necesario resaltar que no se trata de una equiparación automática, sino que se deberán dar los casos expuestos y que, además, esta equiparación no conlleva la exclusión de la sociedad administradora como responsable, dado que esta también responderá de las obligaciones propias de su figura. Además, la jurisprudencia viene entendiendo que cuando es el representante quien controla plenamente la sociedad administradora de derecho por ser único socio o

mayoritario y administrador único, nos encontramos frente a un administrador de hecho.

Independientemente de las figuras que han sido utilizadas con anterioridad a la reforma, en la actualidad y como consecuencia del tratamiento legal unitario que se presenta en nuestro ordenamiento, el administrador-persona jurídica y su representante son sujetos solidarios de la responsabilidad que sus actos pudiesen provocar.

4.3.2 *La responsabilidad administrativa del administrador-persona jurídica y de su representante*

Como es lógico, en el tráfico jurídico de la sociedad se pueden cometer irregularidades administrativas que desemboquen en sanciones administrativas.

En primer lugar, se puede dar el caso de que los administradores y altos cargos incurran en infracción administrativa como consecuencia de infracciones cometidas por su sociedad. El ordenamiento administrativo económico establece una serie de normas que obligan al representante y a los administradores a asegurar su cumplimiento. El incumplimiento de estas normas se puede configurar como infracción administrativa sancionable.

En efecto, en el derecho administrativo sancionador, aunque la culpabilidad en sentido estricto solo sería aplicable a las personas físicas, por razón de la voluntariedad de sus acciones, sin embargo, se admite en toda su extensión la denominada responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, rompiendo así el viejo adagio de la “*societas delinquere non potest*”. El Tribunal Constitucional español no ha tenido ningún problema en admitir esta responsabilidad de las personas jurídicas, bien que con una argumentación realmente criticable. En efecto, en la conocida STC 246/91, de 19 de diciembre reconoce el Tribunal Constitucional que las personas jurídicas son susceptibles de ser sancionadas en vía administrativa porque, aunque carecen de elemento volitivo propiamente dicho, tienen sin embargo la capacidad de infringir: la culpabilidad de estos sujetos no se vincula a dolo o culpa sino a la mera capacidad infractora, algo que lógicamente es criticable:

“Nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.

En esta línea, es el artículo 28 de la Ley 40/2015 del 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (que se configura como normativa básica pero que explicita un principio constitucional) el que habilita que las personas jurídicas puedan ser sujetos sancionados:

“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

De esta manera observamos como jurisprudencia constitucional y Ley se alinean en el reconocimiento de la capacidad infractora administrativa de las personas jurídicas, sin perjuicio de que dichas actuaciones sancionables son consecuencia, en muchas ocasiones, de las actuaciones de los altos cargos o de otros órganos de la persona jurídica. La doctrina administrativista es unánime en la aceptación de la responsabilidad de las personas jurídicas, pero sí que hay discrepancias en la justificación de dicha responsabilidad.

En resumen, en el derecho administrativo la responsabilidad sancionadora exige culpa en todo caso: no es admisible, por inconstitucional, la responsabilidad objetiva; sin embargo, en

el caso de las personas jurídicas, no resulta suficientemente justificado por el Tribunal Constitucional el elemento culpabilísticos de las infracciones, como hemos visto.

Como hemos visto, fruto de la reforma operada por la Ley 31/2014, todos los preceptos destinados a la responsabilidad del administrador serán también aplicables al representante-persona física (dependerá también de cada caso en concreto); aunque es cierto que antes de esta reforma se venían dando tres posibilidades: responsabilidad única de la sociedad administradora, responsabilidad conjunta o responsabilidad única del representante.

Finalmente, resulta interesante estudiar el régimen sancionador que la Ley de Sociedades de Capital presenta y cómo casa con los principios generales del Derecho administrativo sancionador incluidos en los arts. 25 y ss. de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Como primer paso para comprender mejor esta materia, debemos acudir al artículo 157 LSC que hace referencia al régimen sancionador y en concreto a su apartado 3º:

“3. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 225, 226, 236 y 237”.

Este precepto permite dos posibles interpretaciones: la primera -que a la vista de lo dispuesto en este apartado parece lo más razonable- defiende que el régimen sancionador de la LSC no tiene aplicación para las personas jurídicas. Esta interpretación se encuentra fundamentada en uno de los principios básicos del Derecho administrativo y que a su vez está regulado en el artículo 25 de la Ley 40/2015:

1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

En esta línea, el artículo 27 de la misma Ley consagra el principio de tipicidad (legalidad material) que podría entrar en juego si entendemos que la responsabilidad administrativa sancionadora de la LSC incluye también a las personas jurídicas:

“1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley”.

Estos preceptos, que se refiere al principio de legalidad en sentido formal y en sentido material, exigen que una norma con rango de ley describa las posibles infracciones y, con ello, los potenciales sujetos infractores. No parece admisible que, si el art. 157 no menciona a las personas jurídicas como sujetos sancionables, se les pueda imponer sanciones fruto de una alusión indirecta del art. 236.5 (y de otros artículos referentes al deber de diligencia y de lealtad) la “responsabilidad solidaria” del representante y de la persona jurídica administradora en general (sin aludir a la sancionadora). Falta, evidentemente, una alusión expresa que permita incluir a las personas jurídicas en el elenco de sancionables. Y una interpretación conforme a los principios constitucionales del Derecho Administrativo sancionador (anclados en los principios penales) no permite interpretar contra reo un precepto como el señalado. La interpretación más correcta de la disposición sobre la responsabilidad solidaria entiende que esta alude a la responsabilidad patrimonial pero no a la penal-sancionadora administrativa.

Por otra parte, la segunda interpretación que podríamos plantear es aquella que entiende que se hace referencia a las personas jurídicas cuando se remite el art. 157 LSC a los criterios para aplicar este régimen sancionador a los artículos 225,226,236 y 237. Esta remisión resulta relevante dado que tras la modificación de la LSC por la reforma 31/2014 se introduce un régimen de solidaridad entre persona-jurídica administradora y su representante en el artículo

236 LSC, artículo al remite los criterios para la aplicación del régimen sancionador de la LSC, lo cual supondría la inclusión de las personas jurídicas como sujetos sancionables. Este planteamiento vendría reforzado por la previsión del artículo 28 de Ley la 40/2015, que hace referencia a la responsabilidad:

“3. Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. No obstante, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable”.

Fruto de este precepto, se podría llegar a defender que la LSC establece la obligación de responder solidariamente de cumplimiento para administrador-persona jurídica respecto de las eventuales infracciones administrativas susceptibles de sanción que pudieran llegarse a cometer.

4.3.3 *La responsabilidad penal del administrador persona jurídica y de su representante persona física por delitos de o en la empresa*

Nos encontramos frente a una materia cuya regulación es compleja y que ha causado gran debate en nuestra doctrina. Existen ciertos preceptos legales que hay que conocer:

- a) En primer lugar, es necesario hacer referencia a la reforma del código penal efectuada en el año 2015, la cual posibilita que una persona jurídica pueda cometer delitos. De esta manera se abole el principio *societas delinquere non potest*²⁴ que hace referencia a la imposibilidad de una persona jurídica de delinquir.

Se trata de una revolución para nuestro Derecho Penal (no así para el Derecho administrativo sancionador, como hemos visto) y que es explicada por el Magistrado del Tribunal Supremo, DEL MORAL GARCÍA:

“El cambio en lo esencial radica en que a partir de diciembre de 2010 la multa y las eventuales consecuencias accesorias a la entidad titular de la industria farmacéutica se

²⁴Término romano que hace referencia a la imposibilidad de cometer delitos por parte de las personas jurídicas.

denominan penas, en lugar de sanción administrativa y consecuencia accesoria. El cambio de nomenclatura hace variar profundamente el camino a seguir para su imposición.

Han cambiado los envoltorios: una multa administrativa es muy distinta a una pena de multa. Esa mutación arrastra variaciones en los fundamentos dogmáticos; y en los procedimientos (son mayores las garantías de un proceso penal que las que brinda un expediente administrativo). Unas multas impuestas como penas tras un proceso jurisdiccional tienen una significación muy diferente a las decididas por un órgano administrativo, aunque las cuantías puedan ser inferiores. De cualquier forma, las divergencias son menores que las que se presentan entre una pena y una sanción administrativa impuestas a una persona física. Hablando de personas físicas, entre ambos tipos de sanciones media un abismo: el impago de la multa puede acarrear privación de libertad. A nivel de personas jurídicas la distancia no es tanta.”²⁵

Se trata de una reforma a mi parecer necesaria para nuestro ordenamiento jurídico y en especial en materia de administrador jurídico de la sociedad, que constituye una figura muy utilizada en la práctica y que hasta la reforma venía causando problemas en relación con la atribución de responsabilidades ya que nuestro ordenamiento seguía basándose en que solo las personas físicas podían ser responsables de un delito debido a su capacidad de acción.

Es importante destacar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no va a excluir la de las personas físicas, y nos encontraremos con situaciones en las que la responsabilidad recaiga en una la sociedad administradora, en el representante o de manera solidaria en ambos tal y como invoca el artículo 236.5 LSC.

Por otra parte, el papel de los programas de retención se ha visto fortalecido por esta reforma, en virtud de la cual estos pasan de ser atenuantes para la sociedad desde el punto de vista penal a auténticas circunstancias eximentes de responsabilidad.

²⁵La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *Societas delinquere non potest... sed puniri potest!* Consejo General de la Abogacía Española <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>

Llegados a este punto podemos preguntarnos: ¿cómo se concilia el principio de personalidad de las penas con la responsabilidad de las personas jurídicas? Debemos partir de la base de que esta reforma no otorga capacidad delictiva a las personas jurídicas, sino que les atribuye a estas la responsabilidad por las infracciones (penalmente tipificadas) cometidas por las personas físicas incluidas en su organización. Es decir, para poder imponer una pena va a ser necesario que una persona física cometa un delito; nunca van a poder delinquir las personas jurídicas por sí solas. Es aquí cuando nos planteamos cómo vamos a atribuir la responsabilidad a la persona jurídica cuando esta no ha sido la que ha cometido el delito. Para el Magistrado, no se puede negar que se este rompiendo de alguna manera con el principio de culpabilidad entendido desde siempre. Afirma además que podemos denominarlo confluencia de responsabilidades que desembocan en la de la persona jurídica pero que de esta manera no estamos respetando los principios en juego dado que según esta modificación las personas jurídicas siguen sin poder cometer delitos, pero si que pueden sufrir las penas.

Por último, el magistrado comenta sobre la reforma que *“Estaremos predicando de la persona jurídica lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas. Salvar los principios con juegos semánticos no es buena estrategia. Se ha implantado un modelo en el que no es la persona jurídica la que delinque, sino la que recibe una pena en algunos casos y con ciertas condiciones por algunos delitos cometidos por personas físicas vinculados con ella (responsabilidad vicaria o heterorresponsabilidad, aunque la exposición de motivos de la reforma de 2015 reniegue de esa catalogación). Desde luego que eso suscita problemas: pero se me antoja poco honesto utilizar el fórceps para hacer decir al Código lo que a uno le gustaría que dijera. Es aceptable lamentarse de esa opción; criticarla; propugnar su reforma; incluso defender que resulta inconstitucional. Estimo por ello que la fórmula que encabeza estas líneas sería la adaptación o redefinición más correcta del viejo axioma – Societas delinquere non potest- al Código reformado. Las personas jurídicas siguen sin poder cometer delitos, entendiendo por tales las acciones que reúnen todos los elementos del delito: una acción típica, antijurídica, culposa o dolosa (es decir, culpable en alguna de sus formas) y punible. Lo que sí pueden es sufrir penas (Societas puniri potest). Con ese contenido ha de entenderse la declaración de que las personas jurídicas serán penalmente responsables de determinados delitos (art. 31 bis 1). No cometen delitos, sino que se les*

impone una pena por los delitos cometidos por otras personas siempre que se den determinados presupuestos y condiciones.

- b) Posteriormente, es necesario profundizar en el sentido del artículo 31. bis del Código Penal que habilita a las personas jurídicas para ser sujetos de responsabilidad penal de la siguiente manera

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

En cuanto a esto último, la falta de supervisión, vigilancia y control tiene que ser grave y esto es aplicable también a los sujetos de la letra a).

Si la persona jurídica va a ser responsable de los actos cometidos por la persona jurídica, ¿cuáles son los sujetos que permiten transmitir esta responsabilidad penal a la sociedad en cuestión?

- i. Como hemos visto, los representantes de la sociedad, bien sea una sociedad jurídica o el representante de esta.
- ii. Aquellos en los que se han delegado funciones y se encuentran autorizados a tomar decisiones en su nombre
- iii. Aquellos que “ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” tal y como indica el artículo recién expuesto.

Ahora bien, es necesario resaltar que no de todo tipo de delitos van a poder nacer las responsabilidades penales, sino que existe un *numerus clausus* en nuestro Código Penal.²⁶

Por último, como ya hemos introducido antes, existe la posibilidad de que la sociedad administrada (no el representante de esta) presente la eximente de existencia de programas de *Compliance* Penal; ahora bien, para que se pueda considerar eximente tiene que tratarse de un programa introducido ex ante respecto de la comisión del delito; de lo contrario (la introducción de programas de *compliance* ex post), nos podríamos encontrar frente a un atenuante. Es relevante matizar que no basta con tener un programa como tal, sino que este debe de ser eficaz, idóneo y adecuado.

Estos programas han sido acotados por la Circular 1/2016 de 22 de enero (Doctrina General de la Fiscalía del Estado)²⁷ que ha marcado las bases que deben tener los programas de *compliance*, entre las que se encuentran: Sesiones formativas, canales de denuncia eficaces y seguros que transmitan confianza a los empleados, aplicaciones informáticas de control, evaluación periódica de procesos y de la eficacia de estos y además, estos controles tienen que amoldarse a las características de cada persona jurídica, es decir: no existe un sistema de control o de *compliance* modelo que sea aplicable de manera general a cada sociedad, sino que este debe de ser creado ad hoc analizando los riesgos de estas.

²⁶ En concreto, las personas jurídicas pueden cometer estos delitos: 1. Tráfico ilegal de órganos humanos. 2. Trata de seres humanos. 3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. 4. Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático. 5. Estafa (I): estafas comunes. 6. Estafa (II): estafas específicas. 7. Estafa (III): estafas impropias. 8. Frustración de la ejecución. 9. Insolvencias punibles. 10. Daños informáticos. 11. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (I): propiedad intelectual. 12. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (II): propiedad industrial. 13. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (III): revelación de secretos de empresa. 14. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (IV): contra los derechos de los consumidores. 15. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (V): contra el mercado. 16. Relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (VI): corrupción en los negocios. 17. Blanqueo de capitales. 18. Financiación ilegal de los partidos políticos. 19. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (I): fraude tributario. 20. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (II): contra la Seguridad Social. 21. Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (III): fraude de subvenciones. 22. Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. 23. Urbanización, construcción y edificación no autorizables. 24. Contra los recursos naturales y el medio ambiente. 25. Relativos a las radiaciones ionizantes. 26. Riesgos provocados por explosivos y otros agentes. 27. Contra la salud pública (I). 28. Contra la salud pública (II): tráfico de drogas. 29. Falsificación de moneda. 30. Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. 31. Cohecho. 32. Tráfico de influencias. 33. Malversación. 34. Odio y enaltecimiento. 35. Organizaciones y grupos terroristas. 36. Terrorismo. 37. Contrabando. Responsabilidad Penal; personasjuridicas.es.

²⁷ FIS-C-2016-00001

4.4 Requisitos para la persona física-representante

Resulta comprensible que no todas las personas físicas van a poder representar a la persona jurídica administradora; veamos ahora cuáles con las condiciones que se tienen que cumplir para que esta representación sea admisible.

El representante permanente se encuentra definido por unas características que podemos extraer de los textos legales:

1. Persona natural. El representante de la persona jurídica debe ser una persona física. Esta condición en la mayoría de nuestras normas de sociedades ha sido omitida por las leyes, aunque sí se ha venido interpretando así. Para el caso de las Sociedades Anónimas Europeas sí se explicita esta necesidad en el artículo 37 de su Ley reguladora específica: “La sociedad u otra entidad jurídica deberá designar a un representante, persona física, para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate.”²⁸. Esta necesidad de designar un representante es uno de los requisitos básicos de nuestra regulación que ayuda a canalizar la responsabilidad de un sujeto jurídico indeterminado a un representante persona física identificado al que se le vincula las responsabilidades propias del cargo.
2. Carácter necesario. Esta figura se entiende como necesaria siempre que exista una persona jurídica administradora. No existe normativa alguna que pueda modificar esta regla imperativa. Además, esta designación va a ser necesaria para otorgar la condición de representante a una persona física; de lo contrario, no podría ejercer legalmente las funciones propias del cargo de representante.
3. Carácter exclusivo. Nos encontramos frente a un cargo que ejercitarse por una única persona: el representante como figura unipersonal. Como se ha podido estudiar durante el desarrollo del trabajo, es necesaria la

²⁸ Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)

inscripción en el Registro Mercantil del representante, de manera que una vez inscrito se convierte en la única persona que *ex lege* puede actuar en nombre de la sociedad administradora y frente a la sociedad administrada (sin perjuicio de que, posteriormente, puedan crearse vínculos específicos con otras personas)²⁹.

4. Compatibilidad con el régimen ordinario de representación de la persona jurídica. Se ha escogido este inciso como consecuencia de su introducción por DEL VAL TALENS en su propuesta de caracterización de los representantes. Esta autora analiza la compatibilidad de nuestro régimen normativo en esta materia con el introducido por la Directiva 2009/101/CE, en concreto en su artículo 10.2: “Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado.”. Más concretamente, la autora analiza lo siguiente:

- Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que el administrador sea una sociedad de capital. Resulta interesante valorar el artículo 234.1 que surge como resultado de la transposición de la Directiva: “1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros”

Nos preguntamos en este apartado la compatibilidad de este artículo (234.1) y de aquel artículo recientemente analizado de la Directiva del Parlamento Europeo (art 10.2) con la exigencia del artículo 212.bis.1 “1. En caso de ser nombrado administrador una persona jurídica, será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.”. Este artículo limita el poder de administración de los integrantes de

²⁹ Pongamos el ejemplo de un abogado que representa a su cliente

la sociedad de capital y se puede entender que aparentemente se sitúa en contra de lo introducido por la Directiva y del artículo 234.2 expuesto.

Es correcto que la normativa europea y el artículo 234.1 LSC restringen cualquier limitación de facultades representativas a los administradores sin que estas puedan oponerse frente a terceros, incluso estando inscritas.

Para DEL VALS TALENS “La exigencia del artículo 212.bis.q LSC no debe considerarse una limitación interna a los efectos del art. 234.1.II LSC. En cambio, se trata de una restricción de rango legal por la que se limita el ámbito de poder de los administradores de aquella sociedad de capital que sea a su vez, administradora de otra. La doctrina está de acuerdo en que esta clase de limitaciones resultan plenamente compatibles con la primera directiva y efectivamente oponibles frente a los terceros”³⁰

Se tratan por tanto de normativas de rango legal perfectamente compatibles que aportan limitaciones necesarias para la seguridad del tráfico mercantil en estos supuestos.

- Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que la administrada sea una sociedad de capital. En este supuesto resultan aplicables los mismos preceptos legales y por ello se darán situaciones en los que surjan vicisitudes por la extralimitación de la persona física o causados por falta de poder necesario para llevar a cabo esas actuaciones.

Estos problemas que surgen entre sociedad administradora y su representante (y que por ende acaban afectando a la sociedad administrada) son a la vista de DEL VALS TALENS “*De ello resulta que, al actuar, un representante debidamente designado vincula a la sociedad*

³⁰ DEL VAL TALENS, P. *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*. op. cit pag. 193.

administrada por temo del art. 234 LSC. La extralimitación o el abuso de poder de un representante no pueden referirse a la insuficiencia del poder que se le haya otorgado para ejercitar el cargo, pues la persona jurídica se responsabiliza de su apoderamiento y designación.”³¹

Por ello, debemos entender que los límites establecidos por la directiva y el artículo 234.1.II LSC son aplicables a nuestro régimen de vicisitudes en las relaciones internas y por tanto no van a poder oponerse frente a terceros de buena fe.

5. Carácter permanente. Se trata de un término atribuido por el derecho francés a esta figura con el fin de proporcionarle estabilidad y de transmitir una imagen de que se trata de una figura que no debe estar cambiando de sujeto constantemente dado los problemas que ello conllevaría. Además, se trata de una figura permanente en cuanto a que es necesaria para canalizar las decisiones y las futuras responsabilidades en las que se pueda incurrir a un sujeto físico determinado y no a una persona jurídica. La persona jurídica administradora tiene la obligación de designar a esta figura pudiéndola cesar y revocar (recordemos que en este supuesto deben de tener a un sustituto).
6. Carácter sustantivo y no exclusivamente registral. Se trata de una figura que se encuentra regulada materialmente (de manera legal) y no únicamente registral fruto de la reforma de la Ley 25/2011.
7. Carácter asimilado a los administradores sociales. Para DEL VALS TALENS, existe esta similitud en tres sentidos, en su funcionalidad, en su actitud y en aquello referente a la responsabilidad y deberes. En definitiva, si realizamos un análisis de ambas figuras encontramos que existe una regulación paralela en nuestro texto legal.
8. Carácter autónomo. Nos referimos a una autonomía en cuanto que no se exige otros vínculos con el administrador persona jurídica para poder ser

³¹ PAULA DEL VAL TALENS en *el administrador persona jurídica en las sociedades de capital* op. cit. pag 196.

nombrado representante. Si bien es cierto que se trata de un carácter que puede ser encontrado en más vertientes dentro de esta figura.

Conviene destacar que estas notas que caracterizan al representante de la sociedad administradora de la sociedad administrada no van a interferir en el régimen de organización interno. Es decir, ni la nota de obligatoriedad ni la de exclusividad van a afectar al sistema interno de representación de cada persona jurídica.

5. LAS SOCIEDADES COTIZADAS: LEY 5/2021, DE 12 DE ABRIL, POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

En este estudio, debemos hacer referencia a la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

Nos referimos a lo que era una Proyecto de Ley que fue presentado el 15/07/2020 y calificado el 02/09/2020 y que tiene como autor al Gobierno de España. Este Proyecto de Ley ha sido tramitado de manera urgente y ha tenido como comisión competente a la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En su exposición de motivos primera encontramos que “Esta ley tiene por objeto transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas.

La Directiva fue aprobada tras casi 5 años de negociaciones entre las instituciones europeas, lo que demuestra la relevancia de algunas de las novedades que incorpora. Su objetivo último es, como indica su propio título, que los accionistas participen más a largo plazo en las sociedades cotizadas en las que invierten. El Plan de Acción de la Comisión de 2012, titulado «Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo —un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas», y del que trae causa este acto legislativo, afirmaba que «[u]n compromiso de los accionistas eficaz y sostenible es una de las piedras angulares del modelo de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que depende, entre otras cosas, de mecanismos internos de control y equilibrio entre los distintos órganos y partes interesadas. Si, por ejemplo, la mayoría de los accionistas mantiene una actitud pasiva, no busca la interacción con la empresa y no ejerce su derecho de voto, el funcionamiento del sistema de gobierno corporativo actual es menos eficaz».³²

³² Exposición de motivos Ley 5/2021

Se trata de una modificación ya conocida que estaba a la espera de ser aprobada. Al ser una modificación que lleva unos días de vigencia, no se puede encontrar por el momento una variada jurisprudencia ni doctrina acerca de la aplicación de aquellos artículos introducidos y modificados.

Entre las modificaciones que esta Ley ha llevado a cabo con el fin de transponer la directiva recién mencionada, destacan las siguientes:

- Como hemos podido observar, la Ley 5/2021 modifica el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital relativo al deber de diligencia de los administradores. Se justifica en el preámbulo afirmando que se trata de una reforma “para reforzar el deber de diligencia de los administradores, en consonancia con las exigencias del buen gobierno corporativo.”. Más concretamente, el artículo modificado pasa a establecer la subordinación del interés particular del administrador (y por tanto del representante) al interés de la empresa añadiendo “y subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”.

Esta modificación integra una subordinación que ya podíamos ver en otros artículos de la Ley de Sociedad de Capital: el artículo 226 que establece que los administradores no tendrán intereses personales en los asuntos que se le sometan a su decisión, o el artículo 227 agrega que los administradores deben actuar en el mejor interés de la sociedad; si no lo hace, incurre en “no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”. También hacen referencia a esta subordinación introducida los artículos 228 sobre la obligación de evitar los conflictos de interés y el artículo 229.

- En segundo lugar, establece la normativa para poder celebrar las juntas de manera telemática por parte de las sociedades de capital situándose los requisitos en el artículo 182 bis.
- Hace referencia también a las operaciones vinculadas, por una parte, modificando el artículo 231 que hace referencia a las personas vinculadas a los administradores

y, además, añadiendo el artículo 231 bis, que regula las operaciones en grupo. En cuanto a este primer artículo, se amplía el concepto de personas vinculadas al administrador y se justifica de nuevo en el preámbulo “La doctrina está de acuerdo, por lo demás, en la necesidad de ampliar el espectro de personas vinculadas contempladas en el artículo 231. La diferencia sustancial entre ambas regulaciones es que aquella deja fuera a las sociedades o entidades en que el administrador tiene una participación relevante o desempeña un puesto clave. Adicionalmente, y todavía en relación a el artículo 231, resulta igualmente oportuno incluir expresamente entre las personas vinculadas al administrador aquellas que han procurado su nombramiento para que las represente en el órgano de administración, que son fuente de un conflicto de interés por cuenta ajena genéricamente contemplado en el artículo 228.e) y específicamente previsto en el actual artículo 529 ter.1.h).”

En cuanto al régimen introducido para operaciones intragrupos, el artículo 231 bis, permite que el deber de abstención de los consejeros de la matriz en la filial no sea aplicable a las operaciones de intragrupo. Esto se debe a que, en caso de privar de este derecho a los consejeros dominicales, nos encontraríamos con una negación a la entidad matriz en la participación de su filial (cotizada). Además, se trata de establecer una protección de la filial y de sus accionistas externos, que viene siendo la previsión de una regla de inversión de la carga de la prueba o *entire fairness test* similar a aquella que encontramos en el artículo 190.3 LSC.

El preámbulo añade “Evidentemente, este nuevo régimen no es aplicable a las operaciones entre sociedades íntegramente participadas, puesto que estas operaciones no están sujetas, por definición, a conflicto de interés.”

Por otra parte, la reforma lleva a cabo modificaciones que afectan en concreto al régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas. Se trata de una reforma amplia con la que se asientan modificaciones sustanciales para las sociedades cotizadas y que en ocasiones la doctrina ya venía apuntando.

Entre estos cambios encontramos:

- El derecho de la sociedad a identificar a sus accionistas con el fin de facilitar la implicación de estos con la sociedad.
- Se modifica el régimen de suscripción preferente modificando el plazo mínimo para ejercer este derecho a 14 días y otros artículos como el artículo 504 y 510 LSC. En esta misma materia, se modifica la delegación en los administradores de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en las emisiones de nuevas acciones y de obligaciones convertibles (arts 506 y 511 LSC)
- Por primera vez en nuestro derecho, se reconoce la figura de las acciones de voto adicional por lealtad (arts. 527 ter a 527 undecies LSC).
- Se llevan a cabo numerosas reformas respecto al régimen del consejo de administración de la cotizada en relación al régimen de remuneración de estos consejeros y la comisión de auditoría.
- De nuevo en materia de sociedades anónimas cotizadas se lleva a cabo una reforma sobre las operaciones vinculadas introduciendo un nuevo capítulo VII bis en el título XIV de la Ley de Sociedades de Capital.

La reforma aprobada este mes de mayo modifica ampliamente el régimen de las sociedades cotizadas. Además de las modificaciones expuestas encontramos modificaciones que hacen referencia al gobierno corporativo, a la junta general y al aumento de capital social.

Resulta interesante observar cual ha sido el cambio concreto en materia de régimen de administradores personas jurídicas (además del relativo al régimen de responsabilidades y deberes ya expuesto).

En esta materia, encontramos un cambio fundamental, el artículo 529. bis apunta “Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional duodécima, las sociedades cotizadas deberán ser administradas por un consejo de administración que estará compuesto, exclusivamente, por personas físicas.” De esta manera, se anula la posibilidad de que las sociedades de capital cotizadas puedan ser administradas por personas físicas. Como es lógico, esta modificación es fruto del objetivo de una mayor transparencia de las sociedades cotizadas y de gobierno corporativo. En concreto, en la exposición de motivos, encontramos

la siguiente justificación: “se modifica el primer apartado del artículo 529 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital para establecer que los consejeros de las sociedades cotizadas deberán ser necesariamente personas físicas. Esta modificación obedece a razones de transparencia y buen gobierno corporativo.”

El legislador ha considerado oportuno, no solo trasponer la directiva, si no incorporar ciertos preceptos en busca de mejoras normativas en la Ley de Sociedades de Capital -que no son causa directa de la trasposición de la directiva- y en la línea de un mayor y mejor gobierno corporativo y funcionamiento de los mercados.

En esta línea, el apartado 7 del artículo 529 bis que hacía referencia a las personas físicas representantes de otras jurídicas en el consejo queda suprimido por el apartado veintitrés del artículo tercero de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas («B.O.E.» 13 abril).

Finalmente, es necesario concretar los efectos de esta prohibición de personas jurídicas en la administración de las sociedades cotizadas; se aplica con efecto a futuro, es decir, no va a afectar a aquellas que antes de la aprobación de esta Ley tuvieran a una persona jurídica como administradora, y se establece una excepción importante: si se va a permitir la existencia de personas jurídicas públicas como administradoras.

Se establece de esta manera, una excepción de los consejeros dominicales en representación de entidades del sector público que sí podrán ser miembros de administración y personas jurídicas. Esta modificación se lleva a cabo mediante una disposición adicional duodécima que trata las especialidades en relación con las entidades integrantes del sector público y dice lo siguiente:

“1. Como excepción a lo dispuesto en el artículo 529 bis.1, podrán ser miembros del consejo de administración aquellas personas jurídicas que pertenezcan al sector público y accedan al consejo de administración en representación de una parte del capital social. A las personas físicas que sean designadas representantes de estos consejeros les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 529 decies. La propuesta

de representante persona física deberá someterse al informe de la comisión de nombramientos y retribuciones.”

Se trata de un cambio encaminado a una mayor transparencia por parte de las sociedades cotizadas que tiene como fin último una mayor inclusión del gobierno corporativo en estas sociedades. Es relevante, -aunque lógico- que el legislador considere a las sociedades cotizadas como sujetos de una regulación más severa. El legislador decide aplicar estas modificaciones tan sólo a las sociedades cotizadas, lo cual, puede llevar a plantearnos si se trata de una modificación, que como muchas otras del derecho, se irá expandiendo y acabará afectando al conjunto de las sociedades de capital en nuestro país. Una modificación, que tiene sentido si entendemos cuál ha sido la dirección de las últimas reformas que han afectado a las sociedades de capital (bien por medio de reformas de la LSC o de la LMV), estas poseen un denominador común: la búsqueda de una mayor transparencia y de un mejor gobierno corporativo en nuestras sociedades. Finalmente, es cierto, que la inclusión de las sociedades cotizadas en este apartado podría a su vez considerarse como una lesión del derecho de igualdad ante la ley de estas.

6. CONCLUSIONES

Una vez terminado el trabajo de investigación, y como fruto de él, se puede concluir lo siguiente:

1. La regulación del derecho de sociedades de capital ha sufrido importantes cambios a lo largo de la historia legislativa de nuestro país, y más especialmente, la regulación de las personas jurídicas administradoras de las sociedades de capital.

La gestión diaria de la sociedad por parte de los administradores y sus representantes debe estar enfocada al interés de la sociedad y efectuada de manera prudente y con la diligencia esperada de un administrador y de un ordenado empresario. El administrador posee capacidad para generar tráfico jurídico y mercantil en nombre de la empresa; de ahí que goce de derechos y obligaciones porque su actividad vincula a la sociedad que administra.

2. Hemos podido observar cómo el artículo 212 LSC permite que una persona jurídica pueda administrar una sociedad de capital, que supone algo natural en nuestro derecho y que de ninguna manera debe ser restringido sino al contrario: debería fomentarse y regularse pormenorizadamente.

Es esencial mantener y reforzar en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser administradoras de otra sociedad, porque de lo contrario, estaríamos negando un derecho que posee cualquier socio-persona física en las sociedades de capital y en las cooperativas, a poder formar parte del consejo o a administrar esta sociedad. Si no fuese así, habría una diferencia de trato injustificada, pues si las personas jurídicas pueden ser socios de las sociedades de capital o de las cooperativas, no sería conforme al derecho privar a estos de la condición de administrador.

3. Entre los grandes cambios que ha sufrido la regulación de esta materia (básicamente, la Ley 1/2010 de Sociedades de capital) se encuentran algunas de las leyes mencionadas a lo largo del trabajo, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 25/2011 y la recentísima

Ley 5/2021, de 12 de abril. Algunos de los preceptos troncales objeto de este trabajo se han visto modificados por estas reformas.

4. Dichas modificaciones han sido un gran avance para la legislación española en materia societaria. Se ha introducido mediante la modificación del art. 236.5 LSC el modelo francés de responsabilidad solidaria que equipara al representante de la persona jurídica administrada con la sociedad administradora a la que representa, no solo en régimen de responsabilidad, sino también en derechos.

Mediante la citada modificación, se asienta el régimen -que hasta el momento era dudoso- de responsabilidad y derechos, equiparando ambas figuras - representante de la persona jurídica administrada con la sociedad administradora- aunque con diferentes matizaciones que se han tratado de exponer en el desarrollo del trabajo. Constituye un avance en cuanto a que asienta, tanto la jurisprudencia que hasta ese momento venía emitiéndose por nuestro Tribunal Supremo, como la doctrina; ahora bien, para que esta responsabilidad sea exigible, es preciso que responda a culpa o dolo (“siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa”, dice el art 236), ya que un representante de un administrador-persona jurídica, como su propio nombre indica, representa a la persona jurídica administradora y, por tanto, no tiene siempre por qué cargar con la responsabilidad, excluyendo como es lógico los casos de dolo o culpa; la negligencia tendrá que ser estudiada caso por caso, dado que si no existe dolo, me resultaría difícil pensar que el representante asuma la responsabilidad si esta ejerciendo como representante de otra persona -jurídica- que le ha conferido dichos poderes.

5. Durante las sucesivas reformas de esta materia se ha dogmatizado su regulación, pero esta debe de ser estudiada casuísticamente, atendiendo a la situación concreta del administrador en cada caso concreto a la luz de diversas variables como son el objeto social, las funciones que le hayan sido atribuidas o la forma en la que esta se gestione.
6. En esta línea, conviene recordar que la culpabilidad exigida a los administradores (y por tanto, como consecuencia de la equiparación llevada a cabo por la Ley 31/2014, también a los representantes de la persona jurídica administradora) se extiende a

todos los administradores integrantes, así como a los administradores de hecho y a todos los sujetos que tengan atribuidas facultades de alta dirección, siempre y cuando no hayan delegado sus facultades de manera permanente y ninguno de estos acredite que se opuso al acuerdo o a la actuación que implica dicha responsabilidad. Todos ellos responderán de manera solidaria. Nos encontramos ante un régimen de responsabilidad muy amplio –afecta al ámbito tributario, civil, administrativo, penal- que busca aportar seguridad jurídica al tráfico mercantil propio de estas sociedades, asegurando a los acreedores la posibilidad de exigir las responsabilidades que pueda acarrear el negocio.

7. El administrador se encuentra vinculado también a ciertos deberes que deberá cumplir a título de un diligente y ordenado empresario. Entre los deberes que hemos visto se encuentran dos esenciales, el de lealtad y el de diligencia. De estos dos deberes se deducen otros, en busca de la máxima profesionalidad y transparencia del administrador; de ahí que se equipare la figura de este con la de un ordenado empresario.
8. Hay que añadir también que la nueva regulación no aclara si el régimen de responsabilidad solidaria introducido se opone a la individualización de la responsabilidad de los administradores; es decir, no está claro cómo se coordina este régimen de solidaridad con la imputación individual de la responsabilidad y la individualización de la culpa. Existen diferentes posturas al respecto, siendo la más convincente aquella que permite una individualización de la culpa, reconociendo la dificultad jurídica que esto implica.
9. Resulta acertado el sistema por el cual el representante de la persona jurídica administradora debe primar el interés de la sociedad administrada sobre el de la que representa, porque de lo contrario se estaría perjudicando el fin último por el que esa figura existe, es decir, administrar una sociedad representando a su vez a la sociedad administradora. Nos referimos a una de las recentísimas modificaciones introducidas por la Ley 5/2021 (que no responde a la transposición del Derecho Europeo) en cuyo artículo 225 añade un inciso final referente al deber general de diligencia de los administradores de las sociedades de capital, en cuya virtud se obliga a los administradores a “subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa”.

10. Es llamativa también, en materia de responsabilidad penal de la sociedad administrada y de su representante, la figura eximente llamada *criminal compliance* que resulta muy acertada. Aporta seguridad a la sociedad que esta siendo administrada, ya que en caso de que realmente se hayan establecido estas medidas de control (*compliance*), la sociedad podrá quedar exonerada de la responsabilidad correspondiente a un posible delito futuro, al demostrar que se han tomado las medidas necesarias para el control de la sociedad y para la evitación este tipo de situaciones. El hecho de establecer sistemas suficientes para evitar la comisión de delitos -siempre que no se haya demostrado culpabilidad, dolo o mala fe de la persona jurídica-, es suficiente para eximir la responsabilidad de la persona jurídica administrada y responsabilizar a la persona física que haya cometido el delito.
11. Finalmente, a lo largo del trabajo ha quedado constancia de cómo la Ley 5/2021, de 12 de abril, modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, en cuanto que provoca un cambio radical en las posibilidades de administración de estas, de manera que prohíbe la administración de sociedades cotizadas por parte de personalidades jurídicas; ahora bien, como hemos podido ver es importante matizar que se va a permitir la continuidad de aquellas sociedades jurídicas administradoras existentes hasta la fecha del comienzo de vigencia de esta Ley. También se permitirá, aunque de manera permanente -por el momento- y no hasta el comienzo de vigencia, la posibilidad de administración cuando sean personas jurídicas públicas. Esta última posibilidad ha sido introducida por una disposición adicional duodécima que trata las especialidades en relación con las entidades integrantes del sector público.
12. La Ley 5/2021 no casa en materia de administrador persona jurídica con la conclusión número dos aquí expuesta. Se elimina esta posibilidad para las personas jurídicas.

A la luz de una búsqueda de un mejor gobierno corporativo, se ha suprimido la condición de administradores a los socios personas jurídicas en las sociedades cotizadas. De esta manera, se lesiona la igualdad en condiciones ante la Ley.

La reforma 5/2021 es acertada para la consecución de su fin (un mejor gobierno corporativo), pero no para proteger la igualdad de condiciones ante la Ley. Es posible, que, en la búsqueda de un mejor gobierno corporativo, estemos atribuyendo nuevos deberes a las personas jurídicas y disminuyendo sus derechos. Un balance equilibrado de estos sería lo óptimo para nuestra regulación en materia societaria.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica” publicado en “*Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital: (Real Decreto-ley 13/2010, Ley 2/2011, Ley 25/2011,y Real Decreto-ley 9/2012)*”, 2ª ed., 2012, p. 179-201. ISBN: 194. 978-84-9903-946-6. Editorial Aranzadi Thomson Reuters.
- CASTELLANO RAMÍREZ, Mª. J., El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia, *Revista de derecho de sociedades*, ISSN 1134-7686, N° 23, 2004, págs. 117-144.
- DEL VAL TALENS, Paula, *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2017.
- DE PALLEJÁ , C., Editorial S.L. EXTRAMUROS EDICION Consulado del Mar Barcelona., 2007.
- ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control” en *La sociedad anónima europea : régimen jurídico societario, laboral y fiscal / coord. por Luis Fernández del Pozo*, Gaudencio Esteban Velasco, 2004, ISBN 84-9768-191-6, págs. 526-590
- GARCÍA-VILLARUBIA, M “El Derecho. Revista de Derecho Mercantil.” Uría Menéndez., n.º 59 (2018).
- HERNÁNDEZ SAINZ, E: *La administración de sociedades de capital* , Editorial Thomson Reuters (civitas) , año 2014.
- JUSTE MENCÍA, J., *La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales, elección y aceptación del cargo*. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde, *Vol. 2*, 2007, ISBN 978-84-9768-437-8, págs. 853-884.
- PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, núm. 20 (2003).

- PRADA GONZÁLEZ, J.Mº, “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima.”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo II, Madrid, 1996, ISBN 84-470-0693-X, págs. 2295-2338
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. Apuntes de Dº Mercantil I (DADE) Uva. 2020.
- Informe de la comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas.
<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF>
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *Societas delinquere non potest... sed puniri potest!* Consejo General de la Abogacía Española
<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-societas-delinquere-non-potest-sed-puniri-potest/>
- STC 246/91, de 19 de diciembre
- STS 391/2012, de 25 de junio, con cita de las anteriores sentencias 760/2011, de 4 de noviembre, y 477/2010, de 22 de julio.
- STS de 28 de mayo de 1984
- SJMer de Madrid de 24 de Julio de 2007: JUR 2010 389283
- Ley 40/2015 del 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público
- Ley 5/2021, de 12 de abril.
- Ley 25/2011
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital
- Ley 1/2010 de Sociedades de Capital.

- Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio
- Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017
- Directiva 2007/36/CE
- Circular 1/2016 de 22 de enero (Doctrina General de la Fiscalía del Estado): FIS-C-2016-00001
- Ref. BOE-A-1885-6627.

