

VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Mercantil “Manuel Broseta Pont”
Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología



TESIS DOCTORAL

**EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA EN LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL**

Presentada por

PAULA DEL VAL TALENS

Dirigida por

Prof. Dr. Dr. h. c. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil

Valencia, enero de 2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	II
INTRODUCTION.....	2
I. CORPORATE DIRECTORS AS A RESEARCH SUBJECT	2
II. RESEARCH METHODOLOGY	3
1. Observation as an objective methodological approach.....	4
2. Corporate directorships as a policy issue	5
3. Subsumption as a subjective methodological approach.....	7
4. Legal comparison.....	7
III. PURPOSE AND OBJECTIVES OF THE STUDY	8
1. General objectives.....	8
2. Specific objectives	8
INTRODUCCIÓN	12
I. EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA COMO OBJETO DE ESTUDIO.....	12
II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	14
1. La observación como metodología objetiva	15
2. El administrador persona jurídica como cuestión de política jurídica	16
3. La subsunción como metodología subjetiva	17
4. La comparación jurídica.....	18
III. OBJETIVOS DEL ESTUDIO.....	19
1. Objetivos generales	19
2. Objetivos específicos	19

**PARTE PRIMERA - FUNDAMENTO INSTITUCIONAL Y
CUESTIONES DE POLÍTICA JURÍDICA**

CAPÍTULO I - LA PERSONA JURÍDICA COMO ADMINISTRADOR EN EL TRÁFICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	22
I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE PRIMERA	22
II. EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA: ELEMENTOS DEFINITORIOS	23
1. Vinculación orgánica	24
1.1. El carácter necesario del órgano de administración.....	28
1.2. El carácter <i>intuitus personae</i> del vínculo orgánico.....	32
1.3. Distinción de figuras afines por razón de la ausencia del vínculo orgánico.....	35
1.3.1. La atribución a personas jurídicas de la facultad de nombramiento de los administradores.....	36
A. Fórmulas de atribución	36
B. Los administradores dominicales.....	44
1.3.2. Los contratos de gestión empresarial (<i>management agreements</i>)	46
A. El contrato de gestión empresarial frente al carácter necesario del órgano de administración.....	51
B. El administrador persona jurídica como alternativa	54
1.3.3. El apoderado o director general persona jurídica.....	56
2. Personalidad jurídica.....	58
2.1. Tratamiento de la administración de sociedades desde la vertiente interna.....	58
2.1.1. Relaciones con la capacidad.....	58
2.1.2. Relaciones con el objeto.....	61

A. Administración vinculada a la participación en el capital de la administrada.....	64
B. Administración no vinculada a la participación en el capital de la administrada	66
C. Momento y forma de valoración del objeto	67
2.2. Vicisitudes relativas a la adquisición de la personalidad jurídica	69
2.3. Vicisitudes relativas a la extinción de la personalidad jurídica .	70
2.3.1. La disolución y la liquidación	70
2.3.2. La declaración de concurso	73
III. APLICACIONES DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA EN EL TRÁFICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	74
1. Consecuencias jurídicas del nombramiento de personas jurídicas como administradores	75
1.1. Desvinculación de las personas físicas de la titularidad orgánica	76
1.2. Desplazamiento y ampliación de los centros de decisión e imputación de responsabilidad.....	81
1.3. Ejercicio <i>directo</i> del poder de dirección	89
2. Aplicaciones específicas del administrador persona jurídica	91
2.1. Profesionalización y/o externalización de la administración. El <i>management</i> interino.....	92
2.2. Aplicaciones en grupos de empresas	95
2.2.1. El administrador persona jurídica como presunción de control.....	98
2.2.2. Posición del administrador persona jurídica en el grupo de empresas	103
2.3. Aplicación en sociedades de capital público.....	107
IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES	113
CAPÍTULO II - ESTRATEGIAS DE POLÍTICA JURÍDICA (I): EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN LEGISLADO	120

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.....	120
II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR PERSONAS JURÍDICAS	122
1. El origen del debate sobre el <i>administrador persona jurídica</i> en Europa	122
2. Justificación del carácter exclusivamente europeo del debate.....	127
3. El administrador persona jurídica en el contexto europeo actual	128
3.1. El administrador persona jurídica como factor de competencia regulatoria	130
3.2. Perspectivas en el ámbito europeo	133
III. PRINCIPALES MODELOS NORMATIVOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA POR PERSONAS JURÍDICAS.	136
1. Modelos de admisión del administrador persona jurídica	137
1.1. La necesaria concurrencia de personas naturales.....	138
1.1.1. Los modelos basados en la designación de una persona física como representante permanente	140
A. El origen del representante permanente en la <i>Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales</i>	140
B. El sistema tasado belga	144
1.1.2. La singularidad del caso italiano: del silencio normativo a la admisión por los <i>Consigli Notarili</i>	148
1.1.3. La exigencia de un administrador persona física en la sección 155 de la <i>Companies Act</i> de 2006 anterior a la reforma de 2015	156
1.2. El ejercicio del cargo a través de los órganos de la persona jurídica	161
1.2.1. Los gestores mediatos	162
1.2.2. Las particularidades de la <i>société par actions simplifiée</i> francesa.....	164
2. La prohibición expresa.....	167
2.1. El caso alemán	168

2.1.1. La <i>Aktiengesellschaft</i>	168
2.1.2. La <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>	171
2.1.3. La <i>Kommanditgesellschaft auf Aktien</i>	172
A. La gestación histórica del criterio permisivo en la <i>Kommanditgesellschaft auf Aktien</i>	173
B. De la sentencia del <i>OLG Hamburg</i> de 1968 al caso Holzmüller	173
C. La sentencia del BGH de 24 de febrero de 1997	174
D. Las formas híbridas & <i>Co KGaA</i> en la actualidad.....	178
2.2. La sección 156 de la <i>Companies Act</i> de 2006 y sus proyectadas excepciones	182
IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES	183
CAPÍTULO III – ESTRATEGIAS DE POLÍTICA JURÍDICA (II): EL ADMINISTRADOR DE HECHO PERSONA JURÍDICA.....	188
I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.....	188
II. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES: ADMINISTRADOR DE HECHO V. ADMINISTRADOR OCULTO	190
III. APLICABILIDAD A PERSONAS JURÍDICAS	197
1. Las tesis afirmativas. Grupos de casos.....	198
1.1. Grupos de empresas	200
1.2. Entidades financieras e inversores profesionales.....	203
1.3. Otras relaciones contractuales.....	208
1.4. Entes del sector público	212
2. Las tesis negativas.....	213
2.1. Tesis negativas por coherencia sistemática: Alemania y Delaware	214
2.2. Las tesis restrictivas por coordinación con el Derecho de grupos: Italia	216
IV. APLICABILIDAD A PERSONAS FÍSICAS.....	221

ÍNDICE

1. Aplicabilidad a los gestores mediatos: la jurisprudencia del Reino Unido (1996-2010).....	221
1.1. El caso Hydrodan	222
1.2. El caso Hall	224
1.3. El caso Holland	225
1.4. Implicaciones de las doctrinas Hydrodan, Hall y Holland.....	227
2. Aplicabilidad al representante del administrador persona jurídica: el caso español anterior a la Ley 31/2014	230
V. CONCLUSIONES PROVISIONALES	233

PARTE SEGUNDA - RÉGIMEN NORMATIVO DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA

CAPÍTULO IV – ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN DEL MODELO NORMATIVO.....	236
I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE SEGUNDA	236
II. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DEL PRESENTE CAPÍTULO	238
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN LEGAL ESPAÑOL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR PERSONAS JURÍDICAS	240
1. La etapa previa a las leyes especiales: los Códigos de Comercio de Sainz de Andino y de 1885	241
2. Del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas del Instituto de Estudios Políticos de 1947 al reconocimiento jurisprudencial de la administración societaria por personas jurídicas (1984).....	245
2.1. El Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1947 y la LSA 1951	245
2.1.1. Sociedades anónimas.....	246
2.1.2. Sociedades comanditarias por acciones	249
2.2. El Reglamento del Registro Mercantil de 1956.....	249

2.3. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1984	252
3. El reconocimiento normativo expreso en Derecho español de sociedades de capital y la opción del legislador por el representante permanente.....	254
3.1. La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades	255
3.1.1. Sociedades anónimas.....	256
3.1.2. Sociedades comanditarias por acciones	259
3.2. Del Anteproyecto de 1979 al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989	262
3.3. La necesaria identificación de una persona natural como representante en el artículo 143 RRM 1989.....	264
3.4. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 .	269
3.5. La presunción de continuidad del representante del artículo 143.2 RRM 1996.....	270
4. La concreción del régimen del administrador persona jurídica y de su representante en las sucesivas reformas de la legislación societaria	272
4.1. La Ley de Transparencia.....	274
4.2. Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa.....	279
4.3. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y sus modificaciones	282
4.3.1. La admisión expresa en la refundición.....	283
A. Justificación	283
B. Formulación y ubicación sistemática.....	284
4.3.2. La Ley 25/2011	286
4.3.3. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo .	289
A. Derecho transitorio	291
B. El problema de la tipicidad legal.....	295
IV. ALCANCE TIPOLOGICO DEL MODELO NORMATIVO.....	298

ÍNDICE

1. Ausencia generalizada de un debate tipológico	298
2. Referencia a las sociedades personalistas	301
3. Análisis de los tipos y formas sociales capitalistas	302
3.1. Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada	302
3.2. Sociedad anónima cotizada.....	303
3.3. Sociedades comanditarias por acciones	305
3.3.1. Aplicabilidad del artículo 212.1 LSC.....	307
3.3.2. Publicidad de la limitación de responsabilidad del socio colectivo	309
3.3.3. Aplicabilidad de los artículos 212 bis y 236.5 LSC.....	310
3.4. Sociedad anónima europea.....	312
3.4.1. Supuesto de hecho: sociedad u otra entidad jurídica (art. 47.1 RESE).....	312
3.4.2. Requisitos para la validez del nombramiento.....	316
A. Ausencia de prohibición en el Derecho nacional de sociedades anónimas.....	316
B. Previsión estatutaria	319
C. Designación obligatoria de representante	321
3.4.3. La sociedad anónima europea domiciliada en España: administración monista y dualista	323
V. CONCLUSIONES PROVISIONALES	325
CAPÍTULO V - EL REPRESENTANTE DEL ADMINISTRADOR	
PERSONA JURÍDICA	330
I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	330
II. NATURALEZA JURÍDICA	332
1. Vertiente <i>ad intra</i>	334
1.1. Caracterización <i>ad intra</i> como <i>mandatario</i> en el Derecho francés	334
1.2. Aplicabilidad al caso español. La separación entre los planos de la representación	337
1.2.1. El negocio subyacente	338

1.2.2. El poder de representación	339
1.2.3. Implicaciones de la interpretación española.....	342
A. Distinción entre designación y apoderamiento	342
B. Autonomía del negocio	344
2. Vertiente <i>ad extra</i>	346
2.1. Exclusión de la condición de <i>nuntius</i>	347
2.2. El representante como órgano específicamente societario del administrador persona jurídica.....	349
III. CARACTERIZACIÓN	351
1. Persona natural.....	352
2. Carácter necesario	354
3. Carácter exclusivo.....	355
4. Compatibilidad con el régimen ordinario de representación de la persona jurídica	358
4.1. Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que el administrador sea una sociedad de capital	361
4.2. Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que la administrada sea una sociedad de capital.....	363
5. Carácter permanente	367
6. Carácter sustantivo y no exclusivamente registral	370
7. Carácter asimilado a los administradores sociales (<i>ex artículo 236.5 LSC</i>)	371
8. Carácter autónomo	372
8.1. Autonomía de la condición de representante	372
8.2. El problema de la autonomía del negocio jurídico subyacente	375
8.2.1. La tesis de la subsunción en el vínculo jurídico preexistente	377
8.2.2. La tesis de la autonomía de la voluntad contractual.....	381
8.2.3. La tesis de la aplicación supletoria de las normas del mandato o de la comisión.....	383

ÍNDICE

8.2.4. Propuesta integradora de las soluciones doctrinales	386
A. El representante como doble mandatario	391
B. Régimen de instrucciones y margen de independencia del representante	393
(i) Caracterización de las instrucciones	393
(ii) Facultad de impartir instrucciones y sus límites	396
(iii) Régimen de instrucciones contrarias al interés de la sociedad administrada	398
C. Vinculación de la persona jurídica administradora por actos de su representante y oponibilidad de los vicios en la representación	402
D. Sustitución del representante	404
E. Rendición de cuentas e información	405
IV. GRUPOS DE CASOS.....	407
1. Representante-socio de la persona jurídica	408
2. Representante-administrador de la persona jurídica	410
3. Representante vinculado por una relación laboral (ordinaria o especial de alta dirección) con la persona jurídica	415
4. Representante vinculado por otras relaciones mercantiles. Representante director general de la persona jurídica.	418
V. CONCLUSIONES PROVISIONALES	419
CAPÍTULO VI – ESTATUTO JURÍDICO-SOCIETARIO DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA Y SU REPRESENTANTE	
(I)	426
I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO	426
II. PRELIMINAR: APLICABILIDAD DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES	428
1. Aplicabilidad al administrador persona jurídica	429
2. Aplicabilidad al representante persona física.....	432
3. Inaplicabilidad a los gestores mediatos.....	435
III. REQUISITOS SUBJETIVOS	437

1. Requisitos subjetivos relativos a las personas jurídicas	439
1.1. Irrelevancia de las habilitaciones estatutarias	440
1.2. Rechazo de las exclusiones implícitas	441
1.3. Licitud de las cláusulas estatutarias que excluyan expresamente a las personas jurídicas	442
1.4. Requisitos exclusivamente aplicables a las personas jurídicas	444
2. Requisitos subjetivos relativos a personas físicas	444
2.1. La edad	446
2.2. El sexo	447
2.3. La cualificación profesional	450
2.4. Requisitos estatutarios de exclusiva aplicación al representante del administrador persona jurídica	452
3. Requisitos neutros	455
3.1. La condición de socio	455
3.1.1. Heterorganicismo y administrador persona jurídica	455
3.1.2. Heterorganicismo y representante permanente	457
3.2. La nacionalidad y el domicilio	459
IV. PROHIBICIONES	460
1. La minoría de edad del no emancipado y la incapacitación judicial	462
2. La inhabilitación conforme a la Ley Concursal	463
3. Las condenas por determinados delitos	468
4. La falta de capacidad para ejercer el comercio	468
5. Funcionarios, jueces y magistrados al servicio de la Administración pública. Otras incompatibilidades legales	469
V. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA OCUPAR EL CARGO DE ADMINISTRADOR	470
1. Incumplimiento por la persona jurídica administrador	470
2. Incumplimiento por el representante	473
VI. NOMBRAMIENTO	476

ÍNDICE

1. El nombramiento del administrador persona jurídica	476
1.1. Aceptación	476
1.1.1. Competencia para la aceptación	477
1.1.2. Manifestación de la aceptación	480
1.2. Inscripción del nombramiento	481
1.2.1. Título inscribible	483
1.2.2. Circunstancias de la inscripción	484
2. La designación del representante del administrador persona jurídica ...	486
2.1. Competencia.....	490
2.1.1. Órgano competente.....	491
2.1.2. Margen de intervención de la sociedad administrada	493
2.2. Forma de la designación	496
2.2.1. Persona física carente de poder de representación con carácter previo a la designación	497
2.2.2. Persona física que ostente poder de representación antes de la designación como representante (remisión)	498
2.3. Momento de la designación	499
2.4. Inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME	500
2.5. Especialidades en las sociedades cotizadas	503
3. La prestación de garantías.....	505
VII. CESE.....	506
1. El cese del administrador persona jurídica	507
1.1. Causas de cese aplicables a los administradores.....	508
1.2. Cese por circunstancias relativas a la personalidad jurídica. Las modificaciones estructurales	509
2. El cese del representante	514
2.1. Presupuestos interpretativos del cese del representante permanente	515
2.1.1. Significado del término “revocación” en el artículo 212 <i>bis</i> 2 LSC.....	515

2.1.2. El momento de producción de efectos del cese del representante.....	517
2.2. Causas de cese del representante	520
2.2.1. Cese del representante por extinción del mandato de la persona jurídica	521
2.2.2. Cese del representante por voluntad del administrador persona jurídica	521
2.2.3. Dimisión del representante	523
2.2.4. Cese derivado de las vicisitudes relativas al poder de representación.....	525
2.2.5. Otras causas de cese del representante	527
VIII. DURACIÓN DEL CARGO, REELECCIÓN Y CADUCIDAD ..	527
1. Duración del cargo del administrador persona jurídica	527
2. Duración del cargo de representante	529
3. Reelección. Especialidades aplicables al representante	532
4. Caducidad.....	535
IX. SUPLENTES.....	536
1. Suplente del administrador persona jurídica	536
2. Suplente del representante	537
X. PARTICULARIDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN CON PERSONAS JURÍDICAS	539
1. Atribución del poder de representación	539
2. Cómputo del número de administradores	540
3. Acumulación de cargos	540
3.1. Acumulación sobre la persona jurídica	541
3.2. Acumulación sobre el representante	542
3.2.1. Representante que acumula la condición de administrador	543
3.2.2. La acumulación de cargos de representante en la misma sociedad.....	547

ÍNDICE

4. Convocatoria y asistencia a la Junta general.....	550
5. Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales	550
XI. RETRIBUCIÓN	552
1. Imputación de la retribución	553
2. Autonomía contractual en materia de retribución.....	557
3. Conclusión de otros vínculos retribuidos con cargo a la sociedad	558
3.1. Conclusión con la persona jurídica	558
3.2. Representante y doble vínculo	559
XII. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN	561
1. Derecho de asistencia.....	561
2. Derecho de voto	561
3. Inscripción de los acuerdos del consejo y prueba de resistencia	562
4. La representación en el consejo de administración.....	566
5. Atribución de cargos organizativos en el consejo.....	569
6. Atribución de facultades ejecutivas	570
6.1. La delegabilidad sobre la persona jurídica. El <i>consejero delegado persona jurídica</i>	571
6.2. La atribución de facultades ejecutivas en virtud de otro título	574
6.3. El contrato de consejero-persona jurídica	574
6.3.1. Sobre la licitud de la conclusión del contrato de consejero con un tercero: la <i>Drittanstellung</i>	575
6.3.2. Contenido adicional del contrato de consejero.....	576
7. La incardinación en las categorías de consejeros.....	577
XIII. CONCLUSIONES PROVISIONALES	579
CAPÍTULO VII – ESTATUTO JURÍDICO-SOCIETARIO DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA Y SU REPRESENTANTE (II): DEBERES Y RESPONSABILIDAD	588
I. INTRODUCCIÓN	588
II. PRELIMINAR: ALCANCE SUBJETIVO DEL RÉGIMEN DE DEBERES	589

1. El administrador persona jurídica	589
2. El representante del administrador persona jurídica	590
3. Los gestores mediatos	592
III. DEBER GENERAL DE DILIGENCIA	593
1. Elementos del deber de diligencia	594
1.1. Consideración a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas	595
1.2. Cumplimiento de los deberes legales y estatutarios.....	596
1.3. Grado de diligencia exigible	598
2. Protección de la discrecionalidad empresarial y particularidades de la <i>business judgment rule</i>	599
3. Obligaciones específicas derivadas del deber de lealtad	602
3.1. Deber de dedicación.....	602
3.2. Deber de control y función de <i>compliance</i>	605
3.3. Deber de información.....	607
IV. DEBER GENERAL DE LEALTAD	609
1. Parámetro de la lealtad	610
2. Obligaciones derivadas del deber de lealtad	611
2.1. Ejercicio de las facultades con fines adecuados.....	612
2.2. Deber de secreto	612
2.3. Deber de abstención	617
2.4. Responsabilidad personal e independencia de instrucciones...	618
2.5. Régimen de los conflictos de interés.....	619
2.5.1. Personas vinculadas al administrador persona jurídica	619
A. Los socios incurso en las situaciones del artículo 42.1 Cdc	623
B. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales	624
C. Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios	625

ÍNDICE

D. Las personas que tengan la consideración de vinculadas a los administradores respecto del representante	628
2.5.2. Aspectos procedimentales: notificación, abstención y dispensa	629
2.5.3. Obligaciones específicas en materia de conflictos de interés	630
A. La realización de transacciones con la sociedad. Referencia a la asistencia financiera	630
B. La utilización del nombre de la sociedad y de los activos sociales. Aprovechamiento de oportunidades de negocio.	632
C. Obtención de ventajas y remuneraciones externas	633
D. Prohibición de competencia.....	634
V. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD.....	637
1. La responsabilidad solidaria del administrador persona jurídica y su representante	638
1.1. Justificación teleológica.....	638
1.2. Justificación dogmática.....	640
1.3. Caracterización: <i>ius electionis</i> , <i>ius variandi</i> y ausencia de litisconsorcio pasivo necesario.....	641
1.4. Significado y alcance	643
1.4.1. Solidaridad con independencia de la estructura del órgano	644
1.4.2. Responsabilidad personal e individualización de culpas ..	646
1.4.3. Responsabilidad solidaria con los demás administradores	650
1.5. Causas de exoneración	651
1.5.1. Aplicabilidad de las causas de exoneración de los administradores	652
A. La falta de intervención en el acuerdo lesivo	653
B. El desconocimiento de la existencia del acuerdo lesivo	653
C. La evitación del daño o, al menos, la oposición expresa	654
1.5.2. Aplicabilidad de las causas de oposición del deudor solidario	656

1.6. Grupos de casos	658
1.6.1. Infracciones autónomas del administrador persona jurídica	659
1.6.2. Infracciones autónomas del representante.....	661
1.7. Tratamiento de la relación interna	664
2. Las acciones de responsabilidad	665
2.1. Legitimación pasiva	665
2.2. Acción social de responsabilidad	666
2.3. Acción individual.....	668
2.4. Acción de responsabilidad por obligaciones sociales	670
2.5. Prescripción.....	673
VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES	674
FINDINGS	682
<i>INSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND LEGAL POLICY</i>	
<i>STRATEGIES</i>	682
I. CORPORATE BODIES AS BOARD DIRECTORS WITHIN THE BUSINESS ENVIRONMENT.....	682
II. LEGAL POLICY STRATEGIES: EVOLUTION AND STATUTORY REGIME.....	687
III. LEGAL POLICY STRATEGIES (II): THE <i>DE FACTO</i> CORPORATE DIRECTOR	690
<i>CORPORATE DIRECTOR'S NORMATIVE REGIME</i>	691
IV. HISTORICAL BACKGROUND AND IN-FORCE NORMATIVE MODEL.....	692
V. THE PERMANENT REPRESENTATIVE OF A CORPORATE DIRECTOR	693
VI. CORPORATE DIRECTOR'S AND PERMANENT REPRESENTATIVE'S LEGAL REGIME (I).....	697

ÍNDICE

VII. CORPORATE DIRECTOR'S AND PERMANENT REPRESENTATIVE'S NORMATIVE REGIME (II): DUTIES AND LIABILITIES	701
BIBLIOGRAFÍA.....	708
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA REGISTRAL	784
I. ALEMANIA	784
II. FRANCIA.....	784
III. ESPAÑA	785
IV. ESTADOS UNIDOS.....	788
V. ITALIA.....	788
VI. REINO UNIDO.....	788
VII. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	789

ABREVIATURAS

<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>AAP</i>	Auto de la Audiencia Provincial
<i>AARAJYL</i>	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
<i>AAVV</i>	Autores varios
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>ADConc.</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
<i>ADHGB</i>	<i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i> de 1861
<i>AG</i>	Aktiengesellschaft (sociedad anónima)
<i>AG</i>	<i>Die Aktiengesellschaft</i> (revista)
<i>AJCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>AJM</i>	Auto del Juzgado de lo Mercantil

ABREVIATURAS

AktG	<i>Aktiengesetz</i> de 1965 (vigente)
AktG 1937	<i>Aktiengesetz</i> de 1937
APLSA 1947	Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1947
APLSA 1979	Anteproyecto de Ley de Sociedades de 1979
<i>BB</i>	<i>Betriebs Berater</i>
<i>BEE</i>	<i>Boletín de Estudios Económicos</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
<i>Bull. Jol. Soc.</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>Bull. Soc.</i>	<i>Bulletin des Sociétés</i>
C.C.	Código Civil
<i>c.c.</i>	<i>Codice civile italiano</i>
CCZ	<i>Corporate Compliance Zeitschrift</i>
CA 1985	<i>Companies Act</i> de 1985
CA 2006	<i>Companies Act</i> de 2006
<i>Cal. Gen. Corp. Code</i>	<i>California General Corporation Code</i>

<i>Cardozo L. Rev.,</i>	<i>Cardozo Law Review</i>
<i>Ccomm</i>	<i>Code de Commerce</i> (Francia)
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
<i>CDDA 1986</i>	<i>Company Directors Disqualification Act de 1986</i>
<i>Cds</i>	<i>Code des sociétés</i> (Bélgica)
<i>CJ</i>	<i>Cahier du Juriste</i>
<i>Co. L. N.</i>	<i>Company Law Newsletter</i>
<i>Comp. Law.</i>	<i>Company Lawyer</i>
<i>Contr. imp.</i>	<i>Contratto e impresa</i>
<i>DA-OR</i>	<i>Droit des affaires/Het ondernemingsrecht</i>
<i>DB</i>	<i>Der Betrieb</i>
<i>Del. J. Corp. L.</i>	<i>Delaware Journal of Corporate Law</i>
<i>DGRN</i>	<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
<i>Dir. Comm. Int.</i>	<i>Diritto del Commercio Internazionale</i>
<i>Dir. Fall.</i>	<i>Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali</i>

ABREVIATURAS

Diss.	Dissertation / Tesis doctoral
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios</i>
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<i>DRL</i>	<i>Derecho de las relaciones laborales</i>
<i>DStR</i>	<i>Deutsches Steuerrecht</i>
<i>DZWiR</i>	<i>Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht</i>
<i>ECFR</i>	<i>European Company and Financial Law Review</i>
EEE	Espacio Económico Europeo
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ex	anterior (precepto derogado)
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Giur. Comm.</i>	<i>Giurisprudenza Commerciale</i>
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>

GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
HGB 1897	<i>Handelsgesetzbuch de 1897</i>
IA 1985	<i>Insolvency Act de 1985</i>
<i>Insol. Int.</i>	<i>Insolvency Intelligence</i>
<i>Insolv. L.</i>	<i>Insolvency Lawyer</i>
<i>J. Econ. Lit.</i>	<i>Journal of Economic Literature</i>
<i>J.B.L.</i>	<i>Journal of Business Law</i>
<i>J.I.B.L</i>	<i>Journal of International Banking Law</i>
<i>JCLS</i>	<i>Journal of Corporate Law Studies</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur Periodique / La Semaine juridique</i>
<i>Jour. Soc.</i>	<i>Journal des Sociétés</i>
<i>JW</i>	<i>Juristische Wochenschrift</i>
<i>KGaA</i>	<i>Kommanditgesellschaft auf Aktien</i>
<i>L.Q.R.</i>	<i>Law Quarterly Review</i>
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones

ABREVIATURAS

LME	Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LZ	<i>Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht</i>
<i>Maastricht J. Eur. & Comp. L.</i>	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
MBCA	Model Business Corporation Act
Mg.	Marginal/Marginales
<i>N.Y.U. L. Rev</i>	<i>New York University Law Review</i>
<i>Not. UE</i>	<i>Noticias de la Unión Europea</i>

<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
<i>NZG</i>	<i>Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht</i>
<i>NZI</i>	<i>Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht</i>
<i>OLG</i>	<i>Oberlandesgericht</i>
<i>Oxf. Rev. Econ. Pol.</i>	<i>Oxford Review of Economic Policy,</i>
<i>PCSM</i>	Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002
pres.	Presentación
<i>RAD</i>	<i>Revista Aranzadi Doctrinal</i>
<i>RAEIE</i>	Reglamento (CEE) n. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico
<i>REVL</i>	<i>Revista de Estudios de la Vida Local</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>

ABREVIATURAS

<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
<i>RDCB</i>	<i>Revue de Droit Commercial Belge</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDPat.</i>	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i>
<i>RdS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>REE</i>	<i>Revista de Estudios Europeos</i>
<i>RES</i>	<i>Revista Española de Seguros</i>
RESE	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)
<i>Rev. Prat. Soc.</i>	<i>Revue Pratique des Sociétés</i>

<i>Rev. Soc.</i>	<i>Revue des Sociétés</i>
RFCE	Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho</i>
<i>Riv. Dir. Civ.</i>	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
<i>Riv. Dir. Comm.</i>	<i>Rivista di Diritto Commerciale</i>
<i>Riv. Dir. Soc.</i>	<i>Rivista di Diritto Societario</i>
<i>Riv. Not.</i>	<i>Rivista del Notariato</i>
<i>Riv. Soc.</i>	<i>Rivista delle Società</i>
<i>RiW</i>	<i>Recht der internationalen Wirtschaft</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>
<i>RJN</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RRM	Reglamento del Registro Mercantil de 1996 (vigente)
RRM 1989	Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de

ABREVIATURAS

	Servicios de las Corporaciones Locales.
<i>RTDC</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Commercial (después Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique)</i>
S. Com. por A.	Sociedad comanditaria por acciones
S. p. A.	<i>Società per azioni</i>
S.A.	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
sec. / secs.	Sección / Secciones
S.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
<i>Soc.</i>	<i>Le Società</i>

<i>s.r.l.</i>	<i>Società a responsabilità limitata</i>
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLPEMM	Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
TRLSA 1989	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
<i>Zeup</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>
ZGR	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>
ZHR	<i>Zeitschrift für das Gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht</i>
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>

INTRODUCTION

I. CORPORATE DIRECTORS AS A RESEARCH SUBJECT

In the field of Company Law, corporate governance seeks for optimal organizational solutions in order to balance a number of interests at stake. The composition of the board is key to governance since its members will legally qualify as an organ, representing the company *vis-à-vis* third parties and holding the maximum authority upon the business affairs. Indeed, European Member States traditionally pay significant attention to the requirements directors shall fulfill. In this sense, European domestic law has developed around specific conditions for everyone holding a position on the board. The latter is due to the failure of the Fifth Company Law Directive on Harmonisation of Company Law, which has let organizational issues regarding public and private companies to the discretion of Member States. Consequently, national statutes present certain differences concerning the management system, board structure and composition.

When it comes to the choice of company directors, a number of European jurisdictions expressly foresee that juridical persons (corporate bodies) become members of the board, as opposed to natural persons or individuals as directors. The study deals with the possibility that juridical persons sit on their own name on the board of a company, a phenomenon that the Anglo-Saxon legal culture knows as *corporate directorships* or, plainly, *corporate directors*. The lawfulness of such an appointment has been controversial since the early years of the 20th century and the inception of the debate in legal scholarship can be traced back to a discussion held among the legal principle of «*self-*

management». Throughout it, legal entities as company directors were addressed by national legislators and progressively generated express (positive and negative) normative answers.

This debate has thoroughly evolved until the present days, both in its terms and practical dimension. As Company Law has become more technical, corporate directors have been enacted and their legal regime has been hurriedly concretised. Jurisdictions prohibiting them have explored alternatives which may provide similar benefits as those achieved by appointing a legal entity to the board. In spite of their linkage to the European corporate governance tradition, the need for a comprehensive effort to build up a systematic legal regime for corporate directors remains. The study aims to contribute to up-to-date legal research on corporate directors within public and private companies, but also in the case of partnerships limited by shares. Based on previous literature, the dissertation targets corporate directors as a subject of Company Law. It explores its main features, policy-making related issues, as well as their applicable legal regime. As the latter remains a domestic matter, the study focuses on the Spanish *Ley de Sociedades de Capital*, but pays attention to comparative experiences.

II. RESEARCH METHODOLOGY

Four methodological grounds underpin the study. The first of them consists in treating corporate directorships as a policy matter. It envisages that the lawfulness of corporate directorships within a particular jurisdiction is a question legislators shall answer. The second methodological line refers to the need to observe corporate directorships in the business environment. In this sense, observation qualifies as an objective approach because it looks at them

as an entrepreneurial tool. Thirdly, a subjective approach is needed due to the fact that corporate directors are legitimate members of the board, as any natural person director. Consequently, they are subject to every provision intended for members of the board. However, legislators do not always take into account the presence of body corporates holding directorial positions. In such cases, only interpretation will lead to a coherent application of the legal regime. Finally, the study stresses that corporate directors closely relate to the European corporate governance tradition. Such assertion can be easily verified by reviewing the inception of the academic debate and is continuously evinced throughout the 20th century.

1. Observation as an objective methodological approach

Analytical observation is the first key methodological instrument. It qualifies as objective because it allows addressing corporate directors as an object, an instrument for business operation. This approach also understands corporate directors as a tool for entrepreneurial integration. Previous literature suggests that groups of companies may obtain operational synergies by placing a corporation on the board. Therefore, it is necessary to explore what legal effects arise from such a nomination and, consequently, what useful, but lawful business applications may corporate directors have. Other potential lawful uses concern the externalization of directorial functions, as well as interim situations of the board. The analysis relies on secondary legal sources, specially, from jurisdictions that prohibit corporate directors.

On the other hand, experience shows corporate directorships may be used to circumvent liability in both Company (specially, derivative claims) and Insolvency Law (namely, fraudulent and wrongful trading). They sometimes

relate to opaque organizational structures and accountability dilution. The study assumes that the risk of circumvention is inherent to both legal personality and limited liability, as they allow what literature has described as entity shielding and affirmative asset partitioning. On the side of effects, corporate directors reinforce factual control, but they also allow a larger number of natural persons to hold directorial power. These are the directors of the corporate director itself, to whom the study refers as mediate managers (*gestores mediatos*).

2. Corporate directorships as a policy issue

Corporate directorships also concern legal policy issues. Before making a statutory choice, legislators had to weigh up both advantages and disadvantages arising from the appointment of an entity to the board. They were also influenced by scholarship and practice in the local business environment. However, the current policy *statu quo* may be better understood after exploring the evolution of the debate in the European context. Its inception can be traced back to the late years of the 19th century and throughout the 20th century. During the 20th century, French law required all board members of public companies (*sociétés anonymes*) to be shareholders. French scholars and practitioners would argue that if a legal person is able to hold a stake in the company, its legal capacity and purpose shall enable it to be part of the board of directors. Therefore, corporate directors appeared an unavoidable consequence of the self-management rule (*Selbstorganschaft, autorganicismo*) in the so-called “companies of companies” (*sociétés de sociétés*). Indeed, the retrospective analysis reveals a high degree of path-dependency in the matter of corporate directorships.

By discussing the evolution of the debate, we intend to identify what factors were relevant in early company enactments and can explain the contemporary approach. For this purpose, jurisdictions are divided into two groups, depending on whether they admit or forbid corporate directors. The first group includes France, Belgium, Spain and Italy. It also takes into account the United Kingdom Companies Act prior to the 2015 reform. The first three impose the appointment of a natural person who shall act as the permanent representative of the corporate director. This requirement was originally foreseen by the French Company Law reform back in 1966. The permanent representative is a *tertium genus*, not a board member herself, but equally liable as if she discharged her duties on her own name. On the other side, Germany and, today, the UK Companies Act 2006 take a negative approach, expressly forbidding body corporates to sit on boards.

The outcome of the policy choice may be an express prohibition or an explicit or implicit admission. In those jurisdictions where corporate directors are a lawful business alternative, a particular normative regime may develop. Although this is the case of Spain, its solutions are not original. A wide majority of normative models for corporate directors are, indeed, a legal transplant of the French *Code de Commerce*. This is also the case of Belgium, somehow Italy and a number of European proposals, including the *Societas Europaea*. Policy making also concerns the interaction of corporate directors within the governance system. This means provisions dealing with corporate directors are not isolated in the relevant companies act, but interact with other Company Law provisions.

3. Subsumption as a subjective methodological approach

Corporate directorships concern subjective requirements to sit on the board. By admitting them, the legal regime accepts that a juridical person will be subject to every provision intended for members of this organ. However, in-force rules are conceived for natural persons. Therefore, subsumption is an essential tool to the second part of the study, where interpretation is required in order to determine if and how to implement legal provisions. This part is not foreseen as a *black letter* approach, but aims to provide useful tools to deal with the institution. In French-influenced models, a natural person coexists with the corporate body, and her presence needs to be taken into consideration. Therefore, the study explores the applicability of the normative regime to both subjects, the corporate director and the natural person who represents them.

4. Legal comparison

The study maintains a comparative methodology, as the dissertation follows the premise that corporate directors may be better understood by taking into account academic discussion and normative responses in other countries. In this sense, the Spanish legislator was strongly influenced by the French *Code de Commerce*, and so was the Belgian corporate governance reform, as well as several European proposals. A comparative methodology shall explain the reasons underlying such legal transplant among European jurisdictions, but also upon the EU legislator. Secondly, as European jurisdictions take different approaches, tackling divergence shall help recreate the scenario of risks and advantages awarded by corporate directors. Many of the issues concerning a

corporate director's legal regime have been dealt with in more than one jurisdiction, namely, in those sharing a French-oriented normative model. The comparative analysis shall show how different governance structures may lead to asymmetric interpretative results, even though the regime in place is quite similar.

III. PURPOSE AND OBJECTIVES OF THE STUDY

1. General objectives

The purpose of the study is to develop on the legal regime of corporate directors, namely from a European perspective, but focusing on the Spanish normative model. Firstly, it shall portray legal entities on boards within the European corporate governance system, from the early academic discussion to our days. The latter shall deliver conclusions on the suitability of a specific policy approach, which may be useful for European forthcoming legislation, namely, new European company forms. Secondly, it shall provide interpretation instruments of the in force legal regime, facilitating the development of corporate directors and providing legal certainty to the system in place.

2. Specific objectives

The general objectives may only be achieved by accomplishing specific goals, which can be traced throughout the dissertation. The outline of the study is divided into two parts. Part One, comprising chapters I, II and III, approaches corporate directors as a policy matter and seeks to grasp the fundamentals of

the institution. Chapter I defines corporate directorships by taking into consideration their two conforming elements: legal personality and the membership of the board. It then sets out results on the observation of their legal effects and possible applications. Chapter II explores the European framework, by separating jurisdictions into two groups, depending on whether they admit or prohibit corporate directors. This chapter entails a description of the comparative framework, but tries to isolate elements, which would be useful for further analysis. Chapter III combines the results of the previous two and explores how a specific policy decision may affect the governance system. In particular, it is concerned about how a positive or negative approach to corporate directors may determine liability attribution, namely, on how the policy decision on corporate directors may affect the enforcement of the *de facto* and shadow director doctrines.

Part Two entails chapters IV to VII and is entirely based on subjective approach to the issue. This second part assumes that, if corporate directors are lawful members of the board, their legal regime shall be the one foreseen for any natural person who is a director. Chapter IV presents the Spanish normative model, using a similar approach to the one applied to Chapter II. It looks at the inception of the debate in Spain and analyses the enactment of a specific regime for corporate directors. It also establishes the applicability of the legal regime to special company forms, including public listed companies, European companies and partnerships limited by shares. In French-influenced models, it is necessary to set out the nature and legal regime of the permanent representative. Chapter V undertakes this task. The aim of this part is to complete the analysis initiated in the first three chapters, by applying its results to the Spanish case.

Chapters VI and VII deal with the application of the relevant Company Law provisions from the *Ley de Sociedades de Capital*. In particular, Chapter VI addresses the appointment of corporate directors and their permanent representative, as well as specialties in the functioning of boards in which the members are not only natural persons. Chapter VII deals with duties and liabilities arising from the organic position. According to article 236.5 LSC, the permanent representative is jointly and severally liable with the corporate director, but the specific meaning and scope of their liability regime needs to be clarified. The final purpose is to lay out a doctrinal corpus, which may unravel the applicable legal regime of juridical persons as company directors.

INTRODUCCIÓN

I. EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA COMO OBJETO DE ESTUDIO

En el ámbito del Derecho de sociedades, el gobierno corporativo indaga en las soluciones de organización de la empresa, procurando equilibrar los intereses en juego. La composición del órgano de administración es clave en la gobernanza societaria, pues sus miembros constituirán un órgano social, facultado para representar a la compañía frente a terceros, y ostentarán la máxima autoridad sobre la gestión. En este sentido, la legislación societaria de los Estados miembros de la Unión Europea ha prestado notable atención a los requisitos que deben reunir los candidatos a ocupar una vocalía. En particular, los ordenamientos nacionales prevén circunstancias que afectan a la constitución y a la subsistencia del mandato de los administradores. Esta situación normativa se relaciona con el fracaso de la Propuesta de Quinta Directiva para la Armonización del Derecho europeo de sociedades, que dejó estas materias a la discreción de los Estados miembros, tanto en las sociedades anónimas, como en las de responsabilidad limitada. En este contexto, las legislaciones nacionales presentan ciertas diferencias en cuanto al sistema de administración, la estructura del órgano y su composición.

Por lo que se refiere a la selección de los administradores, algunos ordenamientos europeos prevén expresamente que las personas jurídicas formen parte del órgano, en oposición a las personas naturales que sean administradoras. El estudio se centra en la posibilidad de que las personas

jurídicas ocupen el cargo en el órgano de administración de una sociedad de capital. Su licitud ha suscitado controversia desde principios del siglo XX y, en concreto, el origen del debate doctrinal se relaciona con en el principio de autorganicismo. Con el paso del tiempo, las personas jurídicas como administradores han sido incorporadas a la legislación societaria, generando respuestas normativas positivas y negativas.

El debate ha evolucionado de forma significativa hasta nuestros días, tanto en sus términos, como por lo que respecta a la implantación de la figura en el tráfico. A medida que el Derecho de sociedades se ha tecnificado, la institución del administrador persona jurídica ha sido positivizada y su régimen jurídico ha sido concretado por la norma. Por su parte, aquellos ordenamientos que han optado por prohibir la institución han explorado alternativas a través de las que obtener similares beneficios a los que se logran designando a un ente como parte del órgano. Con todo, a pesar de su estrecha vinculación con la tradición jurídica europea, se echa en falta un esfuerzo por construir el régimen jurídico de la institución. El estudio aspira a contribuir a esta tarea, en relación con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, pero también en el caso de la sociedad comanditaria por acciones. Sobre la base de la literatura precedente, el trabajo acoge a las personas jurídicas administradores como un objeto de estudio propio del Derecho de sociedades, explorando sus rasgos caracterizadores, las cuestiones de política jurídica y, finalmente, su régimen jurídico-positivo. Teniendo en cuenta que este último depende de la legislación nacional aplicable, se toma como referencia la Ley de Sociedades de Capital, aunque se presta atención a las experiencias comparadas.

II. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

El estudio se asienta sobre cuatro líneas metodológicas. La primera consiste en tratar al administrador persona jurídica como una cuestión de política jurídica. Esta línea presupone que la licitud de la figura en un concreto ordenamiento es una cuestión que debe ser resuelta por el legislador. El segundo presupuesto metodológico se refiere a la necesidad de observar el comportamiento de la figura en el tráfico. La observación se considera una metodología objetiva porque contempla al administrador persona jurídica como un instrumento de organización empresarial.

En tercer lugar, es necesaria una aproximación subjetiva a la cuestión, dado que la entidad será un miembro de pleno derecho del órgano, como cualquier administrador que sea una persona natural. Por consiguiente, los entes administradores se someten a todas las disposiciones dirigidas a los titulares orgánicos. Sin embargo, la legislación no siempre toma en consideración la presencia de sujetos distintos de la persona física. En tales casos, la interpretación deberá conducir a una aplicación coherente del régimen normativo. Finalmente, el estudio pone el acento en la estrecha vinculación entre el instituto y el Derecho europeo de sociedades. Esta afirmación puede verificarse a partir del análisis de la discusión mantenida por los autores desde principios del siglo XX y se manifiesta a lo largo de los siglos siguientes, hasta nuestros días.

1. La observación como metodología objetiva

La observación analítica es el primero de los instrumentos metodológicos empleados en el estudio. Se califica como objetivo porque permite examinar al administrador persona jurídica, no como un sujeto, sino como un instrumento para la actividad económica y, en particular, para la integración empresarial. En este contexto, se hace necesario explorar los efectos jurídicos que se derivan de contar con uno o varios entes en la gestión social y, por consiguiente, las aplicaciones lícitas del administrador persona jurídica que serán útiles para el tráfico. La literatura precedente sugiere que los grupos de empresas obtienen sinergias al colocar a personas jurídicas en el órgano administrativo. Otras potenciales aplicaciones se relacionan con la externalización de funciones de gestión o la cobertura de situaciones de interinidad. Este análisis se apoya en fuentes secundarias, especialmente, de aquellos ordenamientos que prohíben la figura estudiada.

Por otra parte, la experiencia muestra que el administrador persona jurídica puede ser utilizado como mecanismo de elusión de responsabilidad, tanto en sede societaria, como en el ámbito concursal. A menudo se relaciona con estructuras operativas opacas que facilitan la dilución de las consecuencias jurídicas previstas por la norma. El estudio asume que el riesgo de elusión es inherente a la personalidad jurídica y a la responsabilidad limitada, pues éstas permiten lo que la literatura ha descrito como aislamiento (*entity shielding*) y separación de activos (*affirmative asset partitioning*). Desde el punto de vista de los efectos, el administrador persona jurídica permite reforzar el control sobre la entidad administradora, pero, a la vez, consigue que un mayor número de personas se inmiscuya en la gestión, a saber, quienes controlen al ente administrador, a los que estudio se refiere como gestores mediatos.

2. El administrador persona jurídica como cuestión de política jurídica

El administrador persona jurídica también puede ser analizado como una cuestión de política jurídica. Antes de optar por un modelo, es necesario ponderar las ventajas e inconvenientes que se derivan del nombramiento de un ente. En esta tarea, los legisladores se han visto influidos por la discusión académica, así como por la realidad societaria de cada ordenamiento. El *statu quo* normativo puede comprenderse mejor analizando la evolución del debate en el contexto europeo, cuyo origen se sitúa en los últimos años del siglo XIX. En concreto, el Derecho francés exigía que todos los administradores de la sociedad anónima fueran socios de la compañía. La doctrina y práctica francesa sostenían que, si una persona jurídica puede tener participación en la sociedad, su capacidad legal y objeto la facultan para formar parte del órgano. Por consiguiente, el administrador persona jurídica aparecía como una consecuencia ineludible del principio de autorganicismo en las conocidas como sociedades de sociedades. El análisis retrospectivo revela una estrecha vinculación entre la solución originariamente acogida y la vigente en la actualidad.

Al discutir la evolución del debate, se pretenden identificar los factores que fueron relevantes al inicio de la discusión y que pueden explicar la aproximación actual a la cuestión. A tal efecto, los ordenamientos jurídicos bajo examen se clasifican en dos grupos, según si admiten o prohíben al administrador persona jurídica. El primer grupo incluye a Francia, Bélgica, España o Italia. También toma en consideración la *Companies Act* de 2006 anterior a la reforma de 2015. Los tres primeros modelos imponen la

designación de una persona natural que actuará como representante del ente administrador, requisito que procede de la reforma societaria francesa de 1966. El representante permanente constituye un *tertium genus*, pues no es un administrador a título personal, pero responde como si ejercitara los deberes y tareas en su propio nombre. Por otro lado, Alemania y, hoy, el Reino Unido, se aproximan de forma restrictiva a la cuestión, prohibiendo expresamente que las personas jurídicas puedan ostentar la titularidad orgánica.

El resultado de la decisión de política jurídica será, bien la prohibición expresa, bien la admisión, implícita o explícita. En aquellos ordenamientos en los que el administrador persona jurídica es una alternativa lícita, se habrá desarrollado el régimen aplicable a esta figura. Aunque éste es el caso español, sus soluciones no son originales. En efecto, un buen número de los modelos normativos que admiten la institución han operado un trasplante jurídico desde el *Code de Commerce*. También ésta es la situación de Bélgica y, en cierta medida, Italia, así como de algunas soluciones europeas, incluyendo a la *Societas Europaea*. Las cuestiones de política jurídica también prestan atención a la interacción entre los entes administradores y el sistema de gobernanza. Lo anterior supone que el administrador persona jurídica no aparece aislado en la norma societaria, sino que interactúa con el Derecho legislado.

3. La subsunción como metodología subjetiva

El administrador persona jurídica se refiere a los requisitos necesarios para ocupar el cargo. Al admitir la institución, el concreto ordenamiento acepta que un ente se someterá a cada disposición prevista para los administradores. Sin embargo, a menudo, el supuesto de hecho normativo está ideado para personas

físicas. Por consiguiente, la subsunción será una herramienta fundamental en la segunda parte del estudio, donde la interpretación permitirá determinar en qué modo y medida las disposiciones normativas resultan de aplicación a los entes administradores. Esta parte del estudio no consiste en una mera exegesis de la norma, sino que aspira a proporcionar herramientas para acotar el régimen particular de la institución. Además, en modelos de influencia francesa, la persona natural coexiste con el ente administrador y, por tanto, su presencia debe ser tomada en consideración. En coherencia con este extremo, el estudio explora la aplicabilidad del régimen normativo a ambos sujetos, la persona jurídica y su representante.

4. La comparación jurídica

El estudio mantiene una metodología comparada, pues el trabajo toma como premisa que la figura puede comprenderse mejor a partir de la discusión académica y de las soluciones normativas de otros ordenamientos. En tal sentido, el propio legislador español se vio notablemente influido por el *Code de Commerce* y la aproximación comparada debería contribuir a explicar las razones e implicaciones de tal trasplante jurídico entre Estados miembros. Además, al analizar las divergencias entre ordenamientos, podrán recrearse los riesgos y ventajas que se obtienen del administrador persona jurídica. Por otra parte, algunas de las cuestiones controvertidas se han suscitado en más de un país, especialmente, en aquéllos que comparten el modelo normativo de influencia francesa. El análisis comparado permitirá contrastar las soluciones interpretativas alcanzadas en cada caso.

III. OBJETIVOS DEL ESTUDIO

1. Objetivos generales

El trabajo se propone desarrollar el régimen aplicable al administrador persona jurídica. Se trata de definir el instituto y su virtualidad en el tráfico, así como las estrategias regulatorias posibles. Tales cuestiones serán abordadas desde la perspectiva europea, pero procurando acotar las soluciones proporcionadas al régimen normativo español. El examen permitirá ilustrar el desenvolvimiento de la institución en la discusión dogmática mantenida hasta nuestros días. De lo anterior deberían obtenerse conclusiones sobre la oportunidad de una u otra aproximación, lo que sería útil para futuras propuestas legislativas, fundamentalmente, de tipos y formas de Derecho societario europeo. En segundo lugar, el estudio aspira a proporcionar herramientas interpretativas del Derecho aplicable al instituto, que proporcionen seguridad jurídica sobre la administración de sociedades de capital por personas jurídicas en el régimen legislado.

2. Objetivos específicos

Los objetivos generales se alcanzan a través de la consecución de objetivos específicos, que pueden identificarse a lo largo de los sucesivos capítulos. La estructura del trabajo se divide en dos partes. La Parte Primera, que comprende los capítulos I, II y III, se aproxima al administrador persona jurídica como una cuestión de política jurídica y aspira a desgranar el fundamento de la institución. El Capítulo I define la figura a partir de sus dos elementos configuradores, la personalidad jurídica del ente y la titularidad orgánica. A

continuación, se presentan resultados sobre la observación de sus efectos jurídicos y sus posibles aplicaciones en el tráfico. El Capítulo II explora el panorama europeo comparado, separando los ordenamientos en dos grupos, según admitan o prohíban la institución. Este capítulo comprende la descripción del contexto comparado, pero trata de aislar elementos que resulten de utilidad al análisis posterior. El Capítulo III combina los resultados de los dos anteriores y explora cómo una concreta alternativa de política jurídica afectará al sistema de gobernanza. En particular, lidia con el modo en que un criterio positivo o negativo puede afectar a la atribución de la responsabilidad derivada de la gestión y, en concreto, a las figuras del administrador de hecho y oculto.

La Parte Segunda recoge los capítulos IV a VII y está basada en una aproximación subjetiva al instituto. Esta segunda parte asume que, si los entes son miembros de pleno derecho del órgano, su régimen jurídico será el previsto para las personas naturales que sean administradores. El Capítulo IV presenta el modelo normativo español, utilizando una metodología análoga a la aplicada en el Capítulo II. Se aproxima al origen del debate en España y analiza la positivización del régimen del administrador persona jurídica. También establece su aplicabilidad a los principales tipos y formas sociales, incluyendo la sociedad cotizada, la sociedad anónima europea o la sociedad comanditaria por acciones. En los modelos de influencia francesa, es necesario fijar la naturaleza y régimen del representante del administrador persona jurídica, tarea que se aborda en el Capítulo V. El propósito de esta sección del estudio es completar el análisis iniciado en el primer bloque, trasladando los resultados obtenidos al caso español.

Por último, los Capítulos VI and VII se centran en la aplicación de las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital a los administradores que

sean personas jurídicas. En concreto, el Capítulo IV se ocupa de las cuestiones posicionales relativas a los entes y a su representante permanente, así como de las particularidades del órgano de administración conformado por personas jurídicas. Finalmente, el Capítulo VII analiza el régimen de deberes y responsabilidad derivada de la titularidad orgánica para ambos sujetos. De acuerdo con el artículo 236.5 LSC, el representante es solidariamente responsable con el ente administrador, pero el significado y alcance de esta regla debe ser precisado. El objetivo primordial de esta sección es contribuir a la conformación de un cuerpo doctrinal que desgrane el régimen del administrador persona jurídica.

**PARTE PRIMERA –FUNDAMENTO INSTITUCIONAL Y
CUESTIONES DE POLÍTICA JURÍDICA**

**CAPÍTULO I - LA PERSONA JURÍDICA COMO
ADMINISTRADOR EN EL TRÁFICO DE LAS SOCIEDADES DE
CAPITAL**

I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE PRIMERA

El estudio se consagra al *administrador persona jurídica*, esto es, la posibilidad de que las personas jurídicas sean nombradas miembros titulares de pleno derecho en el órgano de gestión y representación de las sociedades capitalistas. La hipótesis, admitida en cierto número de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, se concreta en una decisión de política jurídica que compete al legislador en cada ámbito y que, en el caso español, posee respuesta normativa expresa en el artículo 212.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En este contexto, la primera parte del estudio se ocupa del fundamento dogmático de la administración societaria por personas jurídicas, a partir de su consideración como un instituto jurídico específico del Derecho de sociedades. A tal efecto, se propone indagar, por un lado, en los elementos que delimitan el supuesto de hecho y, seguidamente, aislarlo de otras figuras próximas o afines en las que, sin embargo, no concurren los presupuestos definitorios. Finalmente, el capítulo primero explora las manifestaciones del administrador persona jurídica en el tráfico de las sociedades de capital, examinando sus efectos e implicaciones sobre la administración de las compañías.

Una vez caracterizado el objeto de estudio, el capítulo segundo aborda el tratamiento que ha recibido por parte del legislador desde el surgimiento del debate sobre su admisibilidad o licitud. Para ello, se propone atender a un doble criterio, diacrónico y sistemático; en primer lugar, se recoge la discusión mantenida por los autores y concretada en diferentes planteamientos de política jurídica desde las últimas décadas del siglo XIX, hasta nuestros días. Para concluir la primera parte del estudio, se examinan las relaciones entre el concreto criterio de política jurídica (admisión o prohibición) y la aplicabilidad de la doctrina del administrador de hecho a los entes, así como a las personas físicas responsables de la gestión en la persona jurídica administradora.

II. EL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA: ELEMENTOS DEFINITORIOS

La figura del *administrador persona jurídica* se asienta sobre dos elementos definitorios, a saber, 1) la personalidad jurídica de un ente como presupuesto de aptitud y 2) la naturaleza orgánica del vínculo que una sociedad establece con él, precisamente, en atención a la primera. Vinculación orgánica y personalidad jurídica delimitan el supuesto de hecho y permiten acotar el objeto de estudio. De este modo, sólo si ambos concurren nos hallamos ante la institución a la que se refiere, en España, el artículo 212.1 de la Ley de Sociedades de Capital y que también recogen otras legislaciones comparadas; así, el artículo L.225-20 del *Code de Commerce* francés o el artículo 61.2 del *Code des sociétés* belga. Al contrario, en ausencia de uno de los dos antedichos presupuestos, nos situaríamos ante institutos próximos o similares, que deben ser diferenciados del administrador persona jurídica. Pero además, el significado de cada uno de los elementos definitorios se ve condicionado por

la concurrencia del otro y, por esta razón, procede indagar en las particularidades que el supuesto de hecho introduce en cada uno de ellos.

1. Vinculación orgánica

El primero de los elementos sobre los que se articula la figura regulada en el artículo 212.1 LSC es la vinculación orgánica entre la sociedad y una persona jurídica. El ente ocupará el cargo de administrador conforme a la Ley de Sociedades de Capital y, como tal, su estatuto jurídico será el establecido en los artículos 209 y siguientes de este cuerpo normativo. Así, el ente administrador quedará sujeto a las normas contenidas en el Título VI de la Ley de Sociedades de Capital, en los mismos términos que si se tratara de una persona física. De este modo, el primero de los elementos definitorios impone la igualdad de tratamiento entre la persona jurídica administrador y cualquier titular orgánico persona física en lo que a la sujeción a las disposiciones rectoras del órgano de administración se refiere. Esta premisa presidirá el examen del régimen particular de la figura, pero se verá matizada por dos circunstancias; por un lado, la previsión de soluciones normativas especiales para el administrador persona jurídica y, por otro, la inaplicabilidad del supuesto de hecho normativo a la institución que nos ocupa, lo que exigirá cierta labor hermenéutica.

El carácter orgánico del vínculo no debe identificarse con una toma de postura en favor de la concepción organicista de la administración social. Al contrario, en línea con la concepción doctrinal mayoritaria, el estudio comparte la tesis que otorga a la posición jurídica del administrador una naturaleza doble,

orgánica y, a la vez, contractual¹. El primero de los calificativos (“orgánico”) posee relevancia desde la óptica externa, esto es, en la relación del administrador, en nombre y por cuenta de la sociedad, con los terceros con quienes ésta opera en el tráfico. En cambio, en la esfera estrictamente interna de la relación administrador-sociedad cobra importancia su calificación como negocio jurídico contractual de naturaleza bilateral². Esta concepción posee mayor concreción en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que la relación entre el administrador y la sociedad se funda en la existencia de dos negocios jurídicos autónomos. Así ocurre en la designación de los miembros del comité de dirección o *Vorstand* en el caso alemán, donde se distingue el nombramiento orgánico (la *Bestellung*), de la relación contractual

¹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid/Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, 1952, p. 335. Desde el estudio de los cargos delegados, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, Montecorvo, 1971, pp. 419-420. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, Madrid, Civitas, 1992, pp. 48 y 52. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, G., (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1365-1383, en concreto, p. 1371. Algo más matizada es la postura de QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, Universidad de Valladolid – Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985, p. 156 quien, desde una concepción predominantemente organicista, admite un estrato contractual subsidiario (p. 157). No seguimos la línea exclusivamente contractualista sostenida en LLEBOT MAJÓ, J. O., “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 523-566, en concreto, p. 524; así como tampoco la puramente organicista de SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 92.

² MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1371. IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 402, también admitiendo la vertiente contractual. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 686 la define como relación especial autónoma de administración, con un contenido legal típico.

o *Anstellung*. La dualidad se asienta dogmáticamente sobre la *Trennungstheorie*, la separación entre ambos negocios y posee amparo normativo expreso en el § 84 AktG³.

Por su parte, en el modelo español de administración, la naturaleza dual del negocio sólo se concreta en la norma en una dualidad efectiva de negocios en el caso de que el titular del cargo sea beneficiario de funciones delegadas (art. 249.3 LSC). Aun así, en todas las formas de administración, el contenido típico del negocio orgánico puede ser desarrollado a través de un acuerdo contractual⁴. Tras la Ley 31/2014, el artículo 249 acoge expresamente dos negocios jurídicos diferentes al trazar el esquema normativo del vínculo entre

³ Así, el §84 AktG lleva por rúbrica “*Bestellung (...) des Vorstands*” (Nombramiento orgánico del miembro del comité de dirección), pero el inciso quinto de su primer apartado declara aplicables las disposiciones previas del artículo a la *Anstellung*, nombramiento contractual de los miembros del comité de dirección. La doctrina acoge de forma prácticamente unánime esta concepción. Por todos, JOOß, A., *Die Drittanstellung des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft*, Stuttgart, Boorberg, 2010, p. 117. FLEISCHER, H., “§84 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1134-1193, en concreto, pp. 1139 y 1147. SPINDLER, G., “§ 84 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2, München, C. H. Beck, 2008, pp. 242-341, en particular, pp. 246-247. En contra, THÜSING, G., “Bestellung und Anstellung des Vorstands”, FLEISCHER, H. (ed.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, C. H. Beck, 2006, Mg. 1-137, en concreto, Mg. 68. La dualidad de negocios jurídicos ha sido acogida de forma excepcional entre nosotros; así, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., p. 50. En realidad, la dualidad de negocios jurídicos (*Anstellung-Bestellung*) sólo es empleada por la *Aktiengesetz* en relación con los miembros del *Vorstand*, pero no así en referencia a los miembros del consejo de vigilancia o *Aufsichtsrat*. Sin embargo, el planteamiento no puede ser transplado, sin matices, al caso español, pues no resulta técnicamente correcto identificar al núcleo ejecutivo del modelo monista (la comisión ejecutiva *ex art. 249 LSC* o los consejeros ejecutivos) con el comité de dirección propio de un sistema dualista. Por un lado, las normas españolas en materia de responsabilidad análogas a aquéllas que rigen el estatuto jurídico de los miembros del *Vorstand* en la *Aktiengesetz* (v. gr. arts. 237 a 241 *bis LSC*, §§ 92 y 93 AktG) son aplicables a todos los miembros del consejo de administración en una sociedad de capitales domiciliada en España, esto es, tanto a los ejecutivos como a aquellos componentes del órgano que sólo asumen funciones de supervisión. Además, esta identificación supondría ignorar la existencia del consejo de vigilancia y su papel en el control del comité de dirección, que alcanza desde la selección de sus miembros y su cese, hasta la determinación y limitación de su retribución (por ejemplo, §§ 84, 87 AktG).

⁴ Así, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., p. 50.

la sociedad y los consejeros sobre los que recae una delegación de facultades o que reciben funciones ejecutivas por razón de otro título. Así, la atribución de facultades ejecutivas o delegadas a un consejero requiere de un negocio jurídico-formal de delegación u otra forma de apoderamiento; sería éste el nombramiento orgánico o *Bestellung* (art. 249.1 y 3 LSC). Siempre que se concluye el primero de los negocios (la delegación o el apoderamiento, la *Bestellung* alemana), de naturaleza orgánica, el artículo 249.3 LSC impone la conclusión de un segundo negocio, de naturaleza contractual, entre la sociedad y el consejero ejecutivo, una *Anstellung*⁵.

La evolución del modelo español de administración hacia lo que se ha denominado modelo monista renovado o revisado, sobre todo a partir de la Ley 31/2014, aproxima el planteamiento legal al propio de los sistemas que imponen una radical separación de las funciones directiva y supervisora mediante la creación de dos estructuras distintas⁶. Sin embargo, aun teniendo presente que las divergencias de régimen jurídico impiden la asimilación, cabe apreciar cierta convergencia entre los modelos en el hecho de que la relación jurídica entre la sociedad y quienes asumen en ella funciones directivas se asiente sobre dos negocios autónomos. Si en la *Aktiengesetz* ello se logra diferenciando entre la *Bestellung* y la *Anstellung*, la dualidad en la Ley de Sociedades de Capital se construye sobre la delegación de facultades o la

⁵ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., p. 412. CRISTOBAL MONTÉS, Á., *La administración delegada de la sociedad anónima*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, p. 180.

⁶ ALONSO UREBA, A., “El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 27-146, en concreto, pp. 87-97; ESTEBAN VELASCO, G., “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 137-212, en concreto, pp. 165-166.

atribución de facultades por otro título (art. 249.1 y 3 LSC) y el contrato de consejero (art. 249.3 LSC). La dualidad de negocios jurídicos tendrá una proyección particular sobre los administradores que sean personas jurídicas, extremo del que se trata en la sede oportuna⁷.

El vínculo orgánico se relaciona, a su vez, con dos principios básicos de la administración societaria sobre los que el *administrador persona jurídica* introduce ciertos matices o respecto de los cuales se ha planteado la compatibilidad con la institución estudiada. Se trata, por un lado, del carácter necesario del órgano administrativo y, de otro, de la calificación de la relación orgánico-contractual como un vínculo concluido *intuitus personae*.

1.1. El carácter necesario del órgano de administración

La estructura corporativa de las sociedades capitalistas viene preordenada por el legislador de forma indisponible para la voluntad contractual de los socios. Por un lado, la ley reserva al colectivo de socios aquellas decisiones de mayor trascendencia para la vida social, reuniéndolos en Junta general o, en su caso, requiriendo al socio único su consignación por escrito *ex art. 15 LSC*. Por su parte, la gestión y representación de la empresa social debe ser encomendada a uno o varios sujetos aptos, quienes se responsabilizarán personalmente de la dirección de la empresa consignada en el objeto estatutario. Sus miembros se constituyen en órgano necesario, titular del poder de representación de la sociedad y encargado de la ejecución de la empresa social. Así, el órgano administrativo aparece como necesario e inderogable, de forma que no sólo no puede ser excluido por los estatutos, sino que su concreta forma y las reglas

⁷ Véase *infra* Capítulo VI, XII.6.3.

relativas a su funcionamiento constituyen una mención necesarias. De este carácter también se deriva una vocación de estabilidad y permanencia que permita el cumplimiento del fin social; su ausencia paraliza la vida de la sociedad y, de prorrogarse, aboca a la disolución⁹.

De la existencia necesaria del órgano se extrae un segundo principio que se refiere a la inderogabilidad, ya no de la estructura administrativa en sí misma, sino del poder de gestión y representación de la sociedad, esto es, de las facultades y prerrogativas que permiten el desarrollo de la empresa social consignada como objeto¹⁰. Aunque el carácter inderogable de las potestades que competen al órgano de administración se concreta de formas diferentes en cada ordenamiento, los modelos de *common law* y los continentales convergen en un principio de prohibición de que el órgano abdique de su poder (*abdication of authority*)¹¹. De este modo, se considera que las funciones de

⁸ BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 1ª ed., Milano, Giuffrè, p. 101. CANO FERNÁNDEZ, E., “El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de los acuerdos sociales”, *RCDI*, 591 (1989), pp. 1153-1182, en concreto, p. 1159. En la doctrina registral española, RDGRN de 31 de octubre de 1979 [RJ\1989\7052]. Por su parte, la RDGRN de 24 de abril de 1980 [RJ\1980\1608] recuerda que Junta general y órgano administrativo son distintos y ni siquiera aunque hubiera plena coincidencia subjetiva entre sus miembros pueden confundirse.

⁹ ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 265-364, en concreto, p. 284. En GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, Paris, Sirey, 1971, p. 12, el carácter necesario del órgano se deriva del principio de permanencia en la gestión social. CANO FERNÁNDEZ, E., “El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de los acuerdos sociales”, cit., p. 1159.

¹⁰ BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 14. SANFILIPPO, P. M., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, *Giur. Comm.*, 3 (2008), pp. 654-676, en concreto, Mg. 7.

¹¹ EISENBERG, M. A., *Corporations and Other Business Organizations. Cases and Materials*, 9ª ed., New York, Foundation Press, 2005, p. 199. ALLEN, W. T., KRAAKMAN, R., SUBRAMANIAN, G., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 4ª ed., New York, Wolters Kluwer, 2012, p. 104, convirtiendo al órgano en última instancia del poder de dirección. FLEISCHER, H., “Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht”, AA.VV., *Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck,

gestión de carácter ordinario o cotidiano pueden ser libremente asignadas a un tercero no administrador, por ejemplo, en virtud de un contrato de gestión empresarial¹². La licitud de los acuerdos que atribuyen a terceros tareas de gestión de la compañía depende de su compatibilidad con el referido principio. En este test se tiene en cuenta, por un lado, la duración de la relación contractual y, por otro, las facultades del *board* para resolver el contrato. De esta forma, a menor discrecionalidad del órgano, mayores dudas sugiere la licitud del contrato¹³. En el mismo sentido, existe acuerdo en que las decisiones sobre las políticas generales de la sociedad quedan reservadas, en todo caso, al órgano

München, 2009, pp. 137-155, en concreto, p. 144. KORT, M., “§ 76 AktG”, HIRTE, H., MÜLLBERT, P. O., ROTH, M. (eds.), *AktienGesetz. Grosskommentare der Praxis*, 5ª ed., t. 4-1, Berlin/München/Boston, DeGruyter, pp. 1-217, en particular, p. 208.

¹² Idea arraigada en la doctrina italiana, MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 118; MONTALENTI, P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, CEDAM, 1999, p. 144. SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 3. En el mismo sentido, la sección 300 del *Cal. Gen. Corp. Code* permite al *board* delegar las operaciones *day-to-day* a una *management company*. También en el caso alemán, EMMERICH, V., “AktG §292. Andere Unternehmensverträge”, EMMERICH, V., HABERSACK, M. (eds.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8ª ed., München, C. H. Beck, 2016, Mg. 1-62, en concreto, Mg. 57; FLEISCHER, H., “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *ZIP*, 24-1 (2003), pp. 1-11, en concreto, p. 9.

¹³ COX, J. D., HAZEN T. L., *Treatise on the Law of Corporations*, 3ª ed., Thomson Reuters, St. Paul, 2010, p. 119. Criterio también recogido por la sentencia del BGH Urt. v. 05.10.1981, II ZR 203/80 = *NJW* 1982, 1817 (Caso *Holiday Inn*) –véase *infra* en este capítulo - y los autores alemanes, FLEISCHER, H., “Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht”, cit., p. 150. SPINDLER, G., “§ 76 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2 München, C. H. Beck, 2008, pp. 47-107, en particular, p. 60.

de administración¹⁴; en el caso español, lo anterior se explicita en el artículo 249 *bis c*) LSC¹⁵.

Sin embargo, el carácter necesario del órgano administrativo es compatible con una configuración alineada con las particularidades de la empresa social o de la estructura de poder de la sociedad. Esta última vendrá marcada por la propia del capital social -su distribución entre los socios, la existencia de posiciones de control o minoritarias- y que, a su vez, estará condicionada por otras relaciones subyacentes de diversa naturaleza: la integración de la sociedad en una estructura de grupo o las relaciones fiduciarias entre los socios. De este modo, las múltiples circunstancias que pueden condicionar la composición y el funcionamiento del órgano de administración motivan la búsqueda de soluciones para acomodar el esquema normativo al modelo real de gestión de la empresa, bien dentro de los parámetros de la legislación societaria, bien fuera del contrato social. Entre ellos, la atribución de facultades de gestión a un tercero no administrador se enfrentará a los límites antes establecidos (la teoría sobre la abdicación de la autoridad, las facultades indelegables del órgano) y, en tal medida, su licitud puede ser cuestionada en su compatibilidad con la norma societaria. En contraste, el nombramiento como administrador de una persona jurídica evita, al menos formalmente, el

¹⁴ FLEISCHER, H., “Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht”, cit., p. 150. Anteriormente, del mismo autor apoyado en una interpretación teleológica sobre la responsabilidad en materia de planificación y toma de decisiones del órgano, que se mantiene, en todo caso, en manos del *Vorstand*, FLEISCHER, H., “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, cit., p. 9 y, recientemente, *Ibidem*, “§76 AktG”, cit., p. 1040. En el mismo sentido, EMMERICH, V., “AktG §292. Andere Unternehmensverträge”, cit., Mg. 57. También, PRIESTER, H-J., “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 875-890, en concreto, p. 879.

¹⁵ En la doctrina española, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima”, *RdS*, 1 (1993), pp. 91-114, en concreto, p. 92. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 98.

vaciamiento del órgano. El ente nombrado se coloca en la posición orgánico-contractual y, de este modo, asume la totalidad de las prerrogativas propias de su condición. Pero, a la vez, queda sometido a la responsabilidad derivada de la incorrecta gestión de la empresa y, con ello, se mantiene la correlación entre poder y responsabilidad (el principio *Herrschaft-Haftung*)¹⁶. En tal sentido, no es posible considerar que el nombramiento de un administrador persona jurídica es contrario al carácter necesario del órgano de administración o a los principios derivados de este rasgo¹⁷. Lo anterior se extiende a los supuestos en que un ente sea administrador único de la compañía y, como tal, asuma la totalidad de competencias propias de su condición, incluidas aquéllas que no pueden ser delegadas a un tercero.

1.2. El carácter *intuitus personae* del vínculo orgánico

La relación orgánico-contractual que se establece entre el administrador y la sociedad puede ser calificada como un vínculo concluido por razón de la persona o *intuitus personae*. En puridad, el carácter personalísimo del vínculo se predica de todo negocio de naturaleza representativa¹⁸. En este contexto, la posibilidad de que el administrador sea una persona jurídica ha planteado la cuestión sobre si el carácter *intuitus personae* del vínculo es compatible con el instituto estudiado. Sin embargo, la cuestión debe entenderse superada en la

¹⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, p. 453.

¹⁷ En la doctrina italiana, en contra, SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”, *Riv. Not.* 4 (2011), pp. 78 y ss., en concreto, Mg. 3. BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 14.

¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979, p. 67. BOLOGNESI, C., “La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi”, *Riv. Not.*, 2 (2011), pp. 289-334, en concreto, p. 308.

dogmática contemporánea, en el sentido de que la exclusión del administrador persona jurídica no puede ampararse en el carácter *intuitus personae* de la relación orgánica, en tanto que este carácter persiste también en el supuesto de hecho. Así, desde la perspectiva del Derecho de sociedades, se ha concluido que existen elementos suficientes para aceptar que las personas jurídicas, como sujetos de derecho autónomos, pueden intervenir en negocios jurídicos de carácter personalísimo. En otros términos, también en relación con las personas jurídicas cabe predicar una consideración *intuitus personae*¹⁹.

Al establecer los elementos que permiten atribuir el carácter personalísimo a las relaciones jurídicas concluidas con entes, suele distinguirse entre sus circunstancias *objetivas* y *subjetivas*²⁰. Aunque no se trata de una clasificación

¹⁹ En estricta referencia al administrador persona jurídica, ESCARRA, J., ESCARRA, E., RAULT, J., *Les sociétés commerciales*, t. IV, Paris, Sirey, 1959, p. 24. MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, *RDP*, 27 (1943), pp. 728-733, en concreto, p. 729. POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *RDM*, 98 (1965), pp. 199-236, en particular, p. 203. BELVISO, F., “Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone”, *Riv. Soc.*, 4 (2001), pp. 713-776, en particular, p. 758. CETRA, A., “La persona giuridica amministratore nelle società”, AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 107-127, en concreto, p. 119. En sede de sucesión universal de vínculos *intuitus personae* por la vía de modificaciones estructurales, GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 2016, p. 392 y nota 119. Crítico con GALGANO, F., *Delle persone giuridiche: artt. 11-35*, GALGANO, F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2ª ed., Bologna/Roma, Zanichelli/Foro italiano, 2006, pp. 67-72. También en contra de la tesis generalizada, ESTEBAN RAMOS, M^a. L., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 62.

²⁰ Así, en relación con las acciones vinculadas, PERDICES HUETOS, A. B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, Civitas, 1997, p. 366. En sede de modificaciones estructurales, se refiere a la relevancia de circunstancias subjetivas de la persona jurídica, CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural: (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 433, notas 112-113. A diferencia, por ejemplo, de aquellas realidades a las que no se reconoce personalidad y respecto de las cuales el *intuitus personae* posee un cariz exclusivamente subjetivo. Así, por ejemplo, en relación con las cuentas en participación, MARTÍNEZ BALMASEDA, A., *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Granada, Comares, 2011, p. 123.

absoluta, los elementos objetivos hacen referencia a caracteres propios del expediente técnico de la personalidad o de su concreta modalidad, a saber, el tipo o forma del sujeto de derecho (sociedad, corporación, fundación); serían, por ejemplo, su naturaleza asociativa o patrimonial, la limitación del riesgo de la que gozan sus miembros o su estructura organizativa. Por su parte, las circunstancias subjetivas se refieren a la toma en consideración de las relaciones subyacentes o presentes en el ente²¹. Las anteriores incluirían la identidad de las personas físicas propietarias de sus cuotas o partes alícuotas de su capital, titulares del control por cualquier otra vía o responsables de su gestión. Algunas circunstancias admiten un carácter mixto, por ejemplo, su reputación en determinado mercado, su solvencia o consistencia patrimonial o su competencia técnica, combinación de la organización de elementos objetivos (la organización de los medios) y subjetivos²².

A nuestro entender, todas ellas pueden ser tomadas en consideración por una sociedad de capital para atribuir el cargo de administrador a una persona jurídica, sin que quede desvirtuado el carácter personalísimo del vínculo. En algún caso, se ha puesto de manifiesto que tal carácter puede verse matizado en aquellos casos en que la selección de los miembros del órgano de administración atienda a sus vínculos con un concreto núcleo accionarial²³. Sin

²¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho mercantil*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Edersa, 1978, p. 445, se refiere al sustrato de la persona jurídica, aun a pesar de que no puedan predicarse cualidades personales en relación con el ente. Por su parte, PERDICES HUETOS, A. B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., p. 366 incluye en esta categoría la toma en consideración de la identidad de los socios o miembros del ente.

²² LIBONATI, B., *Holding e Investment Trust*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 174. BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, *Soc.*, 10 (2000), pp. 1171-1177, en concreto, p. 1175. CETRA, A., “La persona giuridica amministratore nelle società”, cit., p. 119. Entre nosotros, aunque se refiere a ellas como elementos de contemplación objetiva, PERDICES HUETOS, A. B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, cit., p. 366.

²³ PIOT, G., “Un syndicat professionnel peut-il être administrateur d’une société anonyme”, *Jour. Soc.*, 52-4 (1931), pp. 193-203, en concreto, p. 199. Entre nosotros, también apunta la

embargo, la hipótesis no es exclusiva del nombramiento como administradores de personas jurídicas.

1.3. Distinción de figuras afines por razón de la ausencia del vínculo orgánico

La posición jurídica de órgano que corresponde al administrador permite distinguir la figura objeto de estudio de otras formas de intervención por parte de terceros (a menudo, también personas jurídicas) en la gestión social. Esta circunstancia puede producirse de forma directa o material, mediante el establecimiento de una relación jurídica entre la sociedad y un tercero que tenga por objeto funciones de gestión. Ello puede obedecer a múltiples causas relacionadas con la profesionalización, la externalización o la especialización de la actividad gestora. También cabe pensar en la intervención indirecta, a través de la selección de las personas que ocuparán el cargo. Se trata de diferenciar la institución del *administrador persona jurídica* de aquellos casos en los que el nombramiento de los titulares del cargo depende de la voluntad de una persona jurídica, sobre la que puede, a su vez, recaer la condición de administrador. En tanto tales supuestos no conlleven necesariamente el establecimiento del vínculo orgánico entre la sociedad y la persona jurídica interviniente, deben ser correctamente delimitados con respecto a la figura objeto de estudio.

pérdida de relevancia del *intuitus personae* en la transmisión por sucesión universal de relaciones personales, GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Madrid, Civitas, 1993, p. 99.

1.3.1. La atribución a personas jurídicas de la facultad de nombramiento de los administradores

El dominio del órgano de administración es un elemento determinante del control de la sociedad, como refleja la propia definición de este segundo concepto, contenida en el artículo 42.1.b) y d) Cdc. Se explica así que la estructura del órgano, su funcionamiento y las relaciones entre quienes ocupan la titularidad orgánica y los socios sea una cuestión por la que estos últimos se preocupen en el acto fundacional y a lo largo de la vida social. El Derecho de sociedades ofrece variedad de fórmulas mediante las que atribuir a determinados sujetos especiales facultades en la selección de los administradores sociales. De este modo, las partes interesadas procuran asegurarse la presencia en el órgano y, consiguientemente, una posición de control en la sociedad. Seguidamente se analizan tales fórmulas con el objeto de delimitarlas con respecto al objeto de estudio.

A. Fórmulas de atribución

Existen diversos arbitrios para atribuir la facultad de designar administradores a concretos socios o núcleos de propiedad, así como para garantizar que las vocalías se repartan de la forma preestablecida entre ellos. Se trata, en todo caso, de prácticas comunes como medida de aseguramiento del control ante la entrada de capital extraño -en la salida al mercado bursátil, como medida preventiva de ofertas públicas de adquisición-, extendida cuando

se desea que la sociedad permanezca bajo el control de un concreto núcleo familiar, financiero o industrial y también para procurar el reparto equitativo de las vocalías en el caso de *joint ventures*. Sin embargo, que la facultad de designar administradores corresponda a personas determinadas (físicas o jurídicas) no conlleva necesariamente que éstas asuman la titularidad orgánica en nombre propio. Sólo en tanto esta prerrogativa sea utilizada para formalizar el vínculo de administrador entre un ente con personalidad jurídica y la sociedad, resultará de aplicación el régimen de la figura estudiada.

En el ordenamiento societario español hallamos distintas alternativas para atribuir la facultad de designar administradores a personas determinadas y, en principio, todas ellas resultan compatibles con el nombramiento de personas jurídicas para el cargo, salvo que los estatutos de la sociedad administrada establezcan lo contrario. En primer lugar, es posible lograr tal resultado mediante la creación de distintas clases de acciones o participaciones sociales (*ex art. 94 LSC*). Mediante acciones o participaciones sin voto cabría concentrar la totalidad del poder político en socios determinados (art. 98 LSC), garantizando que sólo ellos intervinieran en la sección de los administradores²⁴. De esta forma, los títulos desprovistos de este derecho no podrían intervenir en el nombramiento de los administradores por la vía ordinaria, pero tampoco a través del sistema de representación proporcional (*ex art. 102.2 LSC*), quedando reservada esta facultad a los socios con derecho de voto. En cambio, debe rechazarse la creación de acciones o participaciones privilegiadas que atribuyan a sus titulares la prerrogativa de designar un número determinado de administradores. Y es que, esta solución contraviene la competencia de la Junta

²⁴ MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Madrid, Civitas, 1998, p. 337 y 340. PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las joint ventures*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 542.

general para el nombramiento de los administradores, sólo derogable en los supuestos legalmente previstos (art. 214.1 LSC)²⁵.

La segunda fórmula consiste en que los estatutos incorporen disposiciones por medio de las cuales se reserve la facultad de designar administradores a determinados socios. Esta opción admite varias modalidades, a saber, que en ellos se haga mención al concreto socio que queda investido de tal facultad; que se configure como una prerrogativa real y no personal, esto es, por referencia a concretas acciones o participaciones sociales (por ejemplo, identificadas por su número) o a una concreta clase de éstas. Sin embargo, todas las alternativas enumeradas a excepción de la última son dudosamente compatibles con la competencia de la Junta general para el nombramiento de los administradores (art. 214.1 LSC). Menos problemáticas resultan las disposiciones estatutarias en las que se establezcan ciertos requisitos para ocupar el cargo que sólo concurren en un determinado socio o en personas a él vinculadas; por ejemplo, mencionando en los estatutos que los administradores deberán reunir la condición de socio de las que sean, a su vez, sociedades fundadoras o partícipes.

Con todo, la Dirección General ha mantenido un criterio tradicionalmente restrictivo en esta materia. En este sentido, el centro directivo se ha opuesto a

²⁵ SIRI, M., “Clausole statutarie e *control devices* in una fifty-fifty corporated joint-venture”, *Dir. Comm. Int.*, núm. 3-1, 1989, pp. 247-265, en concreto, pp. 252-253. Siendo éste el principal argumento, a idéntica conclusión puede llegarse desde otras consideraciones. Así, en el mismo sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, *RDM*, núms. 189-190, 1988, pp. 367-434, en concreto, p. 395 y nota 45, aunque bajo el argumento de resultar incompatible con el sistema de representación proporcional en la sociedad anónima, lo que no resuelve el problema en sociedades de responsabilidad limitada. Igualmente rechazables serían desde la perspectiva de su afectación al derecho de voto, si se acepta que supondrían una alteración de la proporcionalidad de este derecho a favor de determinadas acciones. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 223-224. Favorable a esta clase de acciones privilegiadas, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, cit., pp. 298-988, 340 y 342.

que los estatutos sociales exijan la condición de socio de las sociedades fundadoras o partícipes en una proporción determinada, que debería ser respetada también en caso de cese de alguno de los vocales²⁶. El rechazo al establecimiento de una regla de proporcionalidad en los estatutos limita de forma injustificada la autonomía de la voluntad estatutaria (art. 28 LSC) y remite innecesariamente cuestiones de orden corporativo, como son los requisitos para ser administrador, al plano convencional. En cuanto a la exigencia de ser socio de una sociedad partícipe, una muy leve ampliación analógica del artículo 212.2 LSC conduce a un resultado favorable a esta posibilidad. En efecto, de la misma forma en que es posible excluir la regla legal supletoria de heterorganicismo, exigiendo la condición de socio del administrador, debería ser posible exigirla con respecto a otra entidad, máxime si se trata de una sociedad vinculada. Ello cobra plenitud de sentido en los grupos de sociedades y parece la solución técnica más sencilla en el caso de las *joint ventures*.

Es cierto que si a la condición de socio de otra entidad se acumula una regla de reparto proporcional de las vocalías se reduce notablemente la

²⁶ La RDGRN de 18 de junio 1980 [RJ 1980\2539] rechaza la inscripción en el Registro Mercantil de una cláusula que exige a todos los consejeros poseer la condición de socio de alguna de las dos sociedades que, a su vez, son las dos únicas accionistas de la que se constituye. También se deniega la incorporación de una disposición que prevé un sistema estatutario de representación proporcional, imponiendo el reparto de las vocalías del órgano al cincuenta por ciento entre los socios de las sociedades fundadoras. Por último, se descarta una cláusula que el centro directivo estima contradictoria con las anteriores, en la que se expresa que las sociedades fundadoras son también consejeras de la sociedad. En realidad, al haber rechazado la inscripción de las disposiciones anteriores, nada impedía el nombramiento de las socias fundadoras (personas jurídicas) como administradoras. Teóricamente, si los estatutos exigieran la condición de socio de las sociedades fundadoras, podría designarse a éstas como administradoras si se tratara de sociedades anónimas, en la medida en que podrían ostentar formalmente la condición de socio a través de la autocartera (arts. 136 en relación con el art. 134 LSC para la adquisición originaria y art. 144 LSC en el caso de la derivativa). En cambio, no sería procedente en la sociedad de responsabilidad limitada por ser la autocartera una situación excepcional y, en todo caso, transitoria (art. 140 LSC) y, por ende, incompatible con la necesaria estabilidad en el cargo.

discrecionalidad de la Junta para el nombramiento y cese de los administradores²⁷. Aun así, en todos aquellos supuestos en los que no existan socios carentes de poder de negociación (con independencia de que tengan una participación minoritaria en el capital –por ejemplo, en el caso de *joint ventures* no participadas al cincuenta por ciento–), la coincidencia subjetiva entre la Junta y los socios en favor de los cuales se articula esta prerrogativa aconseja desechar la opción restrictiva. En la sociedad de responsabilidad limitada, el planteamiento no difiere en exceso de la configuración estatutaria de un sistema de representación proporcional que otorgue la facultad dominical de designar administradores a los socios que reúnan determinada fracción del capital²⁸. En el caso de la sociedad anónima, la cuota exigida por vía estatutaria no podría ser mayor a la legalmente prevista por el artículo 243 LSC, esto es, el cociente del capital entre el número de consejeros. De lo contrario, la cláusula que estableciera un reparto de las vocalías entre los socios contravendría el artículo 243 LSC al impedir que el socio mayoritario ejerciera la facultad de designación aun poseyendo una cuota suficiente con arreglo a la ley, en beneficio del socio con menor fracción de capital²⁹. Expedita quedaría en todo

²⁷ Así, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 85 y la referida RDGRN de 18 de junio 1980 [RJ 1980\2539], que se fundamenta en los artículos 71.2 y 75 LSA 1951 (hoy 243 y 223.1 LSC). Es posible trasladar aquí el argumento compartido por SIRI, M., “Clausole statutarie e *control devices* in una fifty-fifty corporated joint-venture”, cit., pp. 252-253, quien añade que la facultad no puede reservarse estatutariamente a “grupos de socios”. También cuestiona la posibilidad de inscribir cláusulas que incorporen el nombre de los socios, PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las joint ventures*, cit., pp. 542-543.

²⁸ Admiten esta posibilidad, VAQUERIZO ALONSO, A., “Artículo 28. Autonomía de la voluntad estatutaria”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 386-396, en concreto, p. 396 PÉREZ HERESA, J., “Los estatutos sociales”, *CDC*, Extra 1-1 (2015), pp. 189-248, en concreto, p. 234. En contra, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993”, *AA.VV.*, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 3191-3220, en concreto, p. 3200.

²⁹ Resultado de interpretar como inderogable el principio de prioridad de la minoría agrupada con mejor cociente, enunciado por MARTÍNEZ SANZ, F., *La representación proporcional de*

caso la vía para el nombramiento a través del sistema legal de representación proporcional en las sociedades anónimas.

A pesar de poseer también carácter estatutario, no se incardinan en esta categoría las prestaciones accesorias consistentes en ejercer el cargo de administrador³⁰. En este caso, el contenido de la prerrogativa consiste en una obligación de hacer (*ex art. 1088 CC*), precisamente, en desempeñar el cargo de administrador en nombre propio. La hipótesis se diferencia de los supuestos antes examinados, en los que se atribuía a una persona la facultad de escoger al titular orgánico, con independencia de que éste decidiera designarse a sí mismo. Finalmente, junto a los pactos estatutarios, se situarían los de naturaleza convencional, cuyo contenido no se vería limitado por la rigidez interpretativa de la DGRN³¹.

Diferentes son también los supuestos de nombramiento heterónimo³², en los que la designación de uno o varios miembros del órgano de administración de sociedades con participación pública (íntegra o mixta) se reserva a la entidad del sector público (de naturaleza pública o privada) que ostente la condición de partícipe o en la que concurra alguna otra condición. Los encontramos en la regulación de las sociedades anónimas estatales (art. 166.2 LPAP) en las que compete al Ministro de tutela proponer el nombramiento de los administradores

la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, Madrid, Civitas, 1992, p. 82.

³⁰ Admitidas por la generalidad de la doctrina, BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984. p. 338. VIÑUELAS SANZ, M., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 94-95. SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 36-37. PEÑAS MOYANO, M^a. J., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 221-222.

³¹ PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las joint ventures*, cit., p. 542.

³² La denominación se toma de POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 78-79 en referencia a los operados por organismos públicos en sociedades de participación pública.

representantes de la Administración pública en la proporción establecida por el Consejo de Ministros (180.1 LPAP). También es habitual que los prevea la normativa específica reguladora de concretas formas societarias pertenecientes a la Administración instrumental. En este sentido, el art. 144 TRLPEMM exige que un representante de la autoridad portuaria correspondiente integre el consejo de administración de la sociedad anónima de gestión de estibadores portuarios.

Las fórmulas analizadas bajo este epígrafe tienen por finalidad facilitar el nombramiento de los titulares del órgano mediante la atribución de una prerrogativa a favor del socio o socios. Se trata de supuestos distintos del previsto en el artículo 212.1 LSC en tanto no comportan el establecimiento del vínculo orgánico entre la sociedad y el beneficiario de la facultad de designar, sino con la persona (física o jurídica) efectivamente nombrada. Asimismo, en principio, todos ellos resultan compatibles con la designación de una entidad como administrador. En el mismo sentido, salvo que exista previsión estatutaria en contra, nada impide que el nombramiento se realice a favor de la persona titular de la prerrogativa. Las anteriores consideraciones permiten concluir que la admisibilidad de la administración societaria por personas jurídicas es independiente de la causa o el origen del nombramiento de la entidad para el cargo, así como del cauce a través del que éste se opere. Resultará indiferente que la designación se realice por la vía ordinaria mediante acuerdo de la Junta general, por cooptación o a través del sistema de representación proporcional, así como que se trate del suplente que accede al cargo tras el cese del titular. Tampoco modifica la institución objeto de estudio que el nombramiento de una persona jurídica como administrador tenga origen en una prestación accesoria *ex* artículo 86 LSC, en la atribución de facultades

específicas a determinadas clases de acciones, en previsiones estatutarias o extraestatutarias o se trate de los llamados nombramientos heterónomos.

La proximidad entre ambas realidades se aprecia en algunos posicionamientos doctrinales³³ y se refleja todavía hoy en las soluciones normativas acogidas por algunos ordenamientos comparados. A título ejemplificativo, el Derecho portugués prohíbe la administración societaria por personas jurídicas para, a continuación, regular la atribución de la facultad de nombrar administradores en favor de entes con personalidad jurídica. De este modo, la frontera entre la atribución de la facultad de designar administradores a favor de socios-personas jurídicas y la figura del administrador persona jurídica se ve difuminada por la elección de los términos legales del artículo 390 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués, relativo al consejo de administración de las sociedades anónimas. El precepto establece en su *alínea* tercero que los administradores deben ser personas físicas (*peçoas singulares*) con capacidad jurídica plena. Sin embargo, a continuación, dispone que si una persona jurídica (*peçoas coletivas*) fuera *designada administrador*, deberá nombrar a una persona natural que ejerza el cargo en nombre propio (art. 390.4 CSC). De esta forma, la norma portuguesa encierra una aparente contradicción entre las disposiciones tercera y cuarta del artículo 390 CSC, al afirmar primero que sólo las personas naturales pueden ser administradores, para después recoger como supuesto de hecho normativo aquél en que las personas morales sean “designadas administradores”.

La contradicción debe ser resuelta en el sentido de que el *alínea* 4 del artículo 390 CSC sólo establece un mecanismo adicional de nombramiento de administradores articulado en dos fases; en primer lugar, corresponde a los

³³ Así, en las dudas manifestadas por DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2295-2338, en concreto, p. 2299.

socios designar a una o varias personas jurídicas a las que se concede la prerrogativa de designar administrador y, a continuación, el ente facultado para ello deberá proceder al nombramiento de una persona natural (*ex art. 390.3 CSC*) para ocupar el cargo en nombre propio³⁴. A pesar de las dificultades interpretativas de la norma, debe valorarse positivamente que el modelo legal se adapte al esquema real de la titularidad de la empresa, reconociendo la vinculación dominical entre determinados socios-personas jurídicas y quienes se ocupan de la administración³⁵. Desde nuestra perspectiva, la regla dispuesta en el artículo 390.4 CSC debe ser concebida como un mecanismo legal expreso de atribución de la facultad de designar administradores, pero no debe identificarse con la figura del artículo 212.1 LSC.

B. Los administradores dominicales

A nivel normativo, la categoría de administrador (*rectius*, consejero) dominical sólo se encuentra tipificada en relación con las sociedades cotizadas (art. 529 *duodecies* 3 LSC). Recibe esta consideración aquel administrador cuyo nombramiento depende de su vinculación con un concreto núcleo de capital. Así, será consejero dominical aquél que posea una participación accionarial significativa (art. 125 LMV) o acceda al cargo por su condición de accionista. La ley establece que también reciben este tratamiento aquellos consejeros que *representen* a los anteriores. Sin embargo, la expresión *representación* no se utiliza en sentido técnico-jurídico, sino que la norma se refiere a que la candidatura haya sido propuesta, promovida y/o favorecida a

³⁴ FERREIRA MALAQUIAS, P, PINTO BASTO, I. C., CHOON, A., “O papel das pessoas coletivas como administradores o gerentes de uma sociedade comercial”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 36, 2014, pp. 19-33, en concreto, p. 22.

³⁵ Extremo que se refuerza sometiendo a la persona jurídica a responsabilidad solidaria con la persona física titular del cargo (art. 390.4 *in fine* CSC).

iniciativa de un concreto núcleo accionarial³⁶. El elemento esencial para la caracterización como dominical es que la titularidad de las acciones o participaciones se concrete en el nombramiento del administrador, según expresa el artículo 529 *duodecies* 3 LSC³⁷. De este modo, la designación se habrá operado por medio del ejercicio del derecho de voto en Junta general o, en su caso, por los consejeros remanentes a través de la cooptación. Por lo general, podrá identificarse entre el núcleo accionarial y la persona efectivamente nombrada un vínculo subyacente³⁸, a saber, una relación de naturaleza mercantil o laboral, de contenido fiduciario.

Con todo, la norma no exige una relación representativa entre el socio o núcleo accionarial y el consejero dominical y, de existir, ésta carece de relevancia en el desempeño del cargo de administrador. En tal sentido, los socios con quienes se relacione el consejero dominical no quedan sometidos al régimen propio de los administradores. El consejero dominical es un mero administrador interesado, en tanto se le presume portador de un particular interés del accionariado. Sin embargo, este hecho no es suficiente para que el socio que promueve su designación quede sujeto al estatuto jurídico propio de los administradores sociales; sólo el administrador designado queda investido

³⁶ En el mismo sentido, MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 210. GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 *duodecies*, apdos. 1, 2, 3 y 6 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 931-954, en concreto, p. 950.

³⁷ MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, cit., p. 210. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., “Las distintas clases de consejeros. La duración del cargo de administrador”, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 259-288, en concreto, p. 267.

³⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 350.

de las prerrogativas propias de esta condición y sometido a los deberes y responsabilidades que le son propios³⁹. En este sentido, como cualquier otro titular orgánico, el administrador dominical actúa con independencia de instrucciones de terceros en el mejor interés de la sociedad *ex* artículo 227.1 LSC ⁴⁰.

Lo anterior permite concluir que consejeros dominicales y administrador persona jurídica responden a diferentes criterios de clasificación de los administradores sociales. La categoría de dominicales hace referencia a los vínculos del titular con el accionariado o los socios, como criterio delimitador con respecto a los que carecen de ellos, los independientes, o de aquellos administradores encargados de tareas ejecutivas. Por su parte, el instituto estudiado se refiere a los requisitos subjetivos para ocupar el cargo. Con todo, será habitual que el nombramiento como administrador de una persona jurídica responda a su condición de socio y, en tal medida, el ente gestor será incardinado en la categoría de administrador dominical⁴¹.

1.3.2. Los contratos de gestión empresarial (management agreements)

Del mismo modo, conviene excluir del ámbito de estudio aquellas figuras negociales que tienen por objeto el desarrollo de funciones de gestión de la

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales...”, cit., p. 948.

⁴⁰ LUTTER, M., “Bankvertreter im Aufsichtsrat”, *ZHR*, 145 (1981), pp. 224-251, en concreto, pp. 229-230. MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, cit., p. 210. GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales...”, cit., p. 950.

⁴¹ LEMEUNIER, F., *La réforme des sociétés commerciales*, t. II, Paris, Delmas, 1966, p. 90.

actividad empresarial a la que la sociedad se dedica, pero que son desempeñadas por una persona física o jurídica desde una posición distinta al órgano de administración de la sociedad. Aunque en ellos no concurre la necesaria vinculación orgánica entre la sociedad y el ente gestor, pueden constituir institutos muy próximos al administrador persona jurídica. Se trata de los denominados *contratos de gestión empresarial*, en ocasiones también referidos como contratos de *management* o *management agreements*. Constituyen una modalidad contractual de naturaleza mercantil, sinalagmática y onerosa, pero atípica en el ordenamiento jurídico español, aunque de gran arraigo en el sector hotelero⁴². En su virtud, una parte (la gestora, *Betriebsführerin*, *management company* o *société gestionnaire*) asume tareas de *gestión* de la actividad comprendida en el objeto de la contraparte (la denominada gestionada titular o propietaria -*Betriebseigentümerin*) a cambio de una contraprestación⁴³. La entidad gestora podría asumir la actividad empresarial consignada en el objeto estatutario de la gestionada, tan sólo de alguna de sus ramas de actividad o de aquéllas que requieren competencias técnico-jurídicas y que la ley atribuye formalmente a los administradores (la formulación de cuentas, la convocatoria de la Junta, las comunicaciones a los socios)⁴⁴.

Por lo que respecta a sus elementos subjetivos, la gestora es habitualmente una sociedad mercantil de capital, en tanto forma jurídica de empresa más

⁴² ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico del contrato de gestión hotelera”, *RDM*, 237 (2000), pp. 1003-1026, en concreto, pp. 1006-1007 y MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “El contrato de gestión hotelera”, MORILLAS JARILLO, M^a, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1485-1510, en concreto, p. 1489. Más matizada es la postura de PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 155.

⁴³ Similar, PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, cit., p. 78.

⁴⁴ COX, J. D., HAZEN T. L., *Treatise on the Law of Corporations*, cit., p. 117.

extendida en el tráfico. Desde nuestra perspectiva, interesan particularmente aquellos supuestos en los que la sociedad gestionada es también una sociedad de capital, por el riesgo de confusión con la institución analizada. Por lo que se refiere a su causa, el esquema contractual responde al fenómeno de la externalización (*outsourcing*) y es habitual que la entidad a la que se encomienda la gestión se dedique profesionalmente, ya sea por cuenta propia o de terceros, a la actividad en cuestión⁴⁵. En este sentido, es frecuente diferenciar según las funciones sean ejercidas por la gestora en nombre de la entidad propietaria, refiriéndose entonces a este contrato como propio (*echte Betriebsführungsvertrag*), o en nombre propio (recibiendo la calificación de impropio o *unechte Betriebsführungsvertrag*)⁴⁶.

Los contratos de gestión empresarial pueden ser suscritos tanto entre sociedades plenamente independientes que no mantengan vínculos previos (reales o personales), como entre entidades pertenecientes al mismo grupo⁴⁷. En este segundo caso, la entidad responsable de la gestión puede haber sido constituida *ad hoc* para desarrollar tal tarea, como entidad dependiente integrada en el grupo a la que pertenece también la compañía gestionada. Igualmente plausible resulta que la *management company* se responsabilice de actividades de gestión en todas las entidades del grupo o sólo en las de un

⁴⁵ WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, *AG*, 18 (2011), pp. 662-667, en concreto, p. 663.

⁴⁶ VEELKEN, W., *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1975, p. 15. HUBER, U., “Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen”, *ZHR*, 152 (1988), pp. 1-37, en concreto, p. 2 insiste en que el contrato de gestión en sentido estricto es aquél en el que la entidad gestora actúa en nombre y por cuenta de la gestionada. FLEISCHER, H., “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, cit., p. 9. MONTALENTI, P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, cit., p. 112 diferencia los contratos de mera asistencia técnica o gestora (*technical o management assistance*) de los *management agreements* en sentido estricto.

⁴⁷ WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, cit., p. 663 sostienen que son más comunes entre sociedades entre las que existe una relación de subordinación o entre sociedades hermanas.

determinado nivel (en caso de grupos multinivel) o rama de actividad. En este sentido, esta modalidad contractual permite concentrar la gestión de varias sociedades en una sola entidad especializada, con la consiguiente reducción de costes, u obtener sinergias derivadas de la especialización de la gestión por ramas o sectores de actividad. Pero la forma contractual analizada no exige una previa vinculación entre entidad gestora y sociedad gestionada, ni deriva necesariamente en la dirección unitaria articulada a través del control de la segunda por la primera. En este sentido, su utilización no sólo no es exclusiva de los grupos empresariales, sino que en determinados sectores, como el hotelero, se halla generalizada entre entidades inicialmente independientes. A pesar de ello, puede constituir un primer paso en los procesos de integración empresarial, como antecedente a tomas de participación accionarial o a la conclusión de una modificación estructural, generalmente, una fusión entre sociedad gestora y gestionada. En el caso de contratos de gestión entre entidades independientes es un tercero ajeno a la organización empresarial quien asume las funciones gestoras, aportando a la sociedad gestionada su experiencia en el concreto sector de actividad.

Entre nosotros, los contratos de gestión no suelen ser analizados desde la perspectiva del Derecho de la organización empresarial, particularmente, del Derecho de sociedades de capital, en contraste con algunos ordenamientos comparados (destacadamente, Alemania, Estados Unidos y Francia). Desde la óptica del estudio, dos circunstancias permiten explicar la diferente perspectiva en el tratamiento de los contratos de *management* en el ordenamiento jurídico español. Por un lado, se trata de un tipo contractual de origen anglosajón, muy extendido en el tráfico estadounidense donde la administración societaria por personas jurídicas es desconocida⁴⁸. En este sentido, los contratos de

⁴⁸ Véase *infra* Capítulo II, II.2.

management han tenido mayor desarrollo en aquellos ordenamientos que prohíben el administrador persona jurídica, en los que se conciben como alternativa frente a la prohibición.

En segundo lugar, la menor atención a esta categoría desde el Derecho de sociedades se relaciona con la atipicidad de ciertas figuras contractuales de colaboración empresarial, próximas o limítrofes a los contratos de gestión empresarial. En este sentido, nuestra legislación contrasta, por ejemplo, con el Derecho alemán, por la ausencia de una regulación de los contratos de organización empresarial (v. gr. para la constitución de grupo de sociedades o el arrendamiento de empresa). Es sabido que la *Aktiengesetz* tipifica, por un lado, los denominados contratos de empresa (los *Unternehmensverträge* del § 291 AktG), entre los que se incluyen el contrato de dominio y el de cesión de ganancias, y, seguidamente, los referidos como otros contratos de empresa (*Andere Unternehmensverträge* del § 292 AktG). El contrato de gestión empresarial se conoce en este país como *Betriebsführungsvertrag* y debe calificarse como atípico al no estar recogido en ninguno de los anteriores preceptos de la *Aktiengesetz*. Sin embargo, su denominación guarda una gran similitud con la propia de una de las modalidades contractuales de cesión de ganancias, el *Geschäftsführungsvertrag* (§ 292.1.2 AktG)⁴⁹.

⁴⁹ Los términos *Geschäft* (negocio o empresa) y *Betrieb* (empresa) pueden considerarse sinónimos. A pesar de ello, objeto y causa difieren notablemente en ambas modalidades contractuales; en el contrato de cesión de ganancias, la sociedad es gestionada en nombre propio, pero en interés de un tercero (v. gr., la sociedad dominante) a quien cede los beneficios de explotación del negocio. En cambio, en el contrato de gestión, el tercero gestor puede desarrollar su actividad en nombre ajeno o propio, pero lo hace en todo caso por cuenta de la sociedad gestionada. HUBER, U., “Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen”, cit., p. 6. SEIBT, C. H., “§ 76”, SCHMIDT, K., LUTTER, M. (eds), *AktG Kommentar*, 3ª ed., t. I., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 1183-1218, en concreto, p. 1198.

A. El contrato de gestión empresarial frente al carácter necesario del órgano de administración

El contrato de gestión empresarial permite que un sujeto (a nuestros efectos, una persona jurídica) desarrolle tareas de gestión para la sociedad, sin necesidad de entablar un vínculo de naturaleza orgánica, sino exclusivamente contractual. La ausencia del elemento orgánico nos sitúa fuera del ámbito de aplicación de la norma societaria y, por consiguiente, de los deberes y responsabilidades propios de la condición de administrador. Sin embargo, según se ha expuesto, el carácter necesario del órgano de administración constituye un límite a la licitud de los contratos de gestión⁵⁰. En efecto, tales negocios no pueden externalizar la totalidad de las tareas gestoras y representativas, sustituyendo o dejando desprovisto de funciones al órgano de administración⁵¹. Si, en cambio, el contrato de *management* complementa, pero en ningún caso excluye la existencia del órgano de administración, será necesario que queden preservadas las facultades inderogables del órgano, de forma que no se produzca una abdicación de autoridad, en terminología anglosajona. En tal sentido, no bastaría que el contrato no alterara la existencia formal del órgano administrativo de la sociedad, sino que este último debe conservar y desarrollar efectivamente las competencias esenciales que le atribuye la legislación societaria.

⁵⁰ Véase *supra* en este capítulo, 1-1.1.

⁵¹ HÜFFER, U., KOCH, J., *AktienGesetz*, 12ª ed., München, C. H. Beck, 2016, p. 76, Mg. 6. PAYNE, J., PRENTICE, D. D., "Directors' Fiduciary Duties", *L.Q.R.*, 122 (2006), pp. 558-565, en especial, p. 559. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993", cit., pp. 3194-3195. GARRIDO DE PALMA, V. M., "El órgano de administración en la sociedad anónima", *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 409-429, en concreto, p. 418. SANFILIPPO, P. P., "Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali", cit., p. Mg 7.

Este problema ha sido abordado en el ordenamiento jurídico alemán a partir de una célebre sentencia dictada por el *Bundesgerichtshof* en el caso *Holiday Inns*⁵². En ella, el alto tribunal se pronunció sobre la licitud de un contrato de gestión hotelera suscrito entre una sociedad comanditaria simple (como *Betriebseigentümerin* o entidad gestionada) y una reputada multinacional hotelera. Perfeccionado el contrato, la sociedad instó su declaración de nulidad al considerar, entre otras causas, que la encomienda de la gestión empresarial al grupo hotelero resultaba incompatible con el principio de autorganicismo propio de las sociedades personalistas (*ex* §§ 114 y 161 HGB). El BGH consideró que el contrato no infringía el principio societario de autorganicismo, aunque declaró la nulidad del negocio de gestión con base en otros argumentos. De acuerdo con el tribunal federal, el referido principio quedaba preservado, tanto jurídicamente, como de forma fáctica, en la medida en que la sociedad gestionada conservaba facultades de información y control sobre la gestión del hotel⁵³. Como puede observarse, el *Bundesgerichtshof* acogió el argumento de la demandada, aceptando así que la discusión giraba (al menos, parcialmente) en torno al respeto a la regla del autorganicismo, esto es, referida a *quién* administra la sociedad. De acuerdo con esta interpretación, el tratamiento de los contratos de gestión empresarial debería ser distinto según si en la concreta sociedad administrada rigiera el organicismo o el heterorganicismo, es decir, según la administración estuviera reservada a los socios o pudiera encomendarse también a terceros.

⁵² BGH Urt. v. 05.10.1981, II ZR 203/80 = *NJW* 1982, 1817 (Caso *Holiday Inn*).

⁵³ HUBER, U., “Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen”, cit., pp. 13 y 15 entendía que el problema no se halla en el principio de autorganicismo, sino en el carácter irrevocable del apoderamiento voluntario conferido a la entidad gestora (p. 23). PRIESTER, H.-J., “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, cit., p. 880.

Sin embargo, como reconoce mayoritariamente la doctrina alemana, no resulta técnicamente correcto abordar el problema como una cuestión de orden subjetivo (referida a *quién* puede ser administrador)⁵⁴. Y es que, las dudas de compatibilidad de los contratos de gestión con el Derecho de sociedades no desaparecen por la mera vigencia de la regla del organicismo de terceros. En efecto, en aquellas sociedades que pueden ser administradas por terceros no socios, el contrato de gestión tampoco puede atribuir al tercero la totalidad de tareas legalmente atribuidas al órgano necesario, en tanto éste no queda sometido al régimen de deberes y responsabilidad propio de sus miembros. Por tanto, la clave para determinar la licitud de los contratos de gestión no depende de sobre quién pueda recaer el cargo de administrador. Al contrario, debe resolverse determinando el alcance de funciones que pueden ser encomendadas a un tercero gestor sin menoscabar el carácter necesario del órgano de administración. En otros términos, el criterio para resolver el problema no es de orden subjetivo (*quién* puede ser administrador), sino de corte objetivo (cuáles son las funciones que pueden ser externalizadas)⁵⁵. Cuestión distinta es que, eventualmente, el tercero (gestor, no administrador), se inmiscuya en tareas propias de la titularidad orgánica, de forma que concurren los presupuestos para que se le impute la condición de administrador de hecho⁵⁶.

⁵⁴ En este sentido nos posicionamos junto a HUBER, U., “Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen”, cit., pp. 13 y 15. Distinto es el criterio de PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, cit., pp. 126-127, que se suma al debate en los términos planteados por el BGH.

⁵⁵ En el mismo sentido, COX, J. D., HAZEN T. L., *Treatise on the Law of Corporations*, cit., p. 118.

⁵⁶ Similar, aunque identificando las funciones gestoras asumidas con el tercero con las propias de la dirección general (y no de la titularidad orgánica), MONTALENTI, P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, cit., p. 145. Críticos, COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, 26ª ed., Paris, LexisNexis, 2013, p. 774 . A esta cuestión se dedica el Capítulo III, III.

B. El administrador persona jurídica como alternativa

Contratos de gestión y administrador persona jurídica se diferencian, pues, en la distinta naturaleza y, por consiguiente, diferente régimen jurídico de los vínculos establecidos en cada caso entre la sociedad y el gestor. Con todo, a pesar de sus diferencias formales, cabe apreciar cierta convergencia funcional entre ambos institutos⁵⁷. En efecto, tanto el nombramiento de personas jurídicas como administradores, como la conclusión de contratos de *management*, pueden responder a necesidades operativas de la gestión: especialización, concentración o descentralización de la dirección en el grupo o profesionalización de la actividad empresarial⁵⁸. En este sentido, existiría cierta sustituibilidad entre las figuras, también apuntada por los autores alemanes en relación con el *Betriebsführungsvertrag* a la vista de la prohibición de la administración societaria por personas jurídicas, contenida en los §§ 76.3 AktG y 6.2 GmbHG. De hecho, en este ordenamiento, así como en todos aquellos que adopten el mismo criterio normativo, se planteará el problema adicional de determinar si los contratos de gestión constituyen una alternativa lícita frente al veto legal o, en realidad, permiten esquivar la prohibición en fraude de ley (6.4 CC)⁵⁹. Asimismo, pueden constituir figuras limítrofes si el gestor contractual se excediera en sus funciones e invadiera las competencias

⁵⁷ GILSON, R. J., “Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function”, *AJCL*, 49-2 (2001), pp. 329-357, en concreto, p. 332.

⁵⁸ Atribuyendo esta función a los contratos de gestión, WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, cit., pp. 663-664. Utiliza este argumento para respaldar la oportunidad de considerar lícitos los contratos de VEELKEN, W., *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, cit., p. 124. Sobre estas aplicaciones en el administrador persona jurídica, véase *infra*, en este capítulo, III.2.1.

⁵⁹ Admite que los contratos de gestión empresarial contradicen el sentido del §76 Ab. 3 AktG, VEELKEN, W., *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, cit., pp. 123-124.

del órgano de administración, lo que plantearía la posibilidad de calificarlo como administrador de hecho (persona jurídica).

Admitir las similitudes funcionales entre ambas figuras no debe llevar a considerarlas plenamente sustituibles⁶⁰. En este sentido, se ha afirmado que el administrador persona jurídica constituye un mecanismo de gestión directa o inmediata, en la medida en que se amolda al marco orgánico, mientras que los contratos de gestión se perfilan como una vía indirecta⁶¹. Por otro lado, la administración societaria por personas jurídicas no presenta los problemas de licitud asociados a los contratos de gestión y, por consiguiente, apunta menores riesgos de invalidez del negocio jurídico. Asimismo, la tipificación legal de los deberes fiduciarios del gestor orgánico, frente al carácter meramente contractual de los propios de la entidad gestora, sugiere menores costes de regulación en la primera figura⁶². Además, en consonancia con lo anterior, el ámbito objetivo del contrato de gestión se halla limitado por el necesario respeto a la estructura orgánica societaria, mientras que la persona jurídica como administradora ostenta el elenco de facultades legal y estatutariamente establecidas, sólo limitado por la existencia de delegaciones de facultades o, en su caso, la existencia de instrucciones de la Junta general. Finalmente, nada obsta a que, en una misma sociedad, convivan administradores personas jurídicas y contratos de gestión.

⁶⁰ FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, *RiW*, 1-16 (2004), pp. 17-21, en concreto, p. 17, percibía que el contrato de *management* no permitía obtener la totalidad de ventajas de la figura.

⁶¹ BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, *NZG*, 14 (2004), pp. 642-649, en concreto, p. 644.

⁶² Por otro lado, nada se opone a que, en uso de la autonomía contractual (*ex art. 1255 C.C.*), las partes prevean un régimen de deberes fiduciarios para la sociedad gestora análogo al societario.

1.3.3. *El apoderado o director general persona jurídica*

Finalmente, procede delimitar la figura estudiada con respecto al supuesto en que la sociedad otorgue un apoderamiento de carácter voluntario en favor de una persona jurídica, confiriendo a ésta la condición de apoderado o director general. Por lo general, su admisibilidad no ha planteado problemas en la doctrina española⁶³. Esta hipótesis conecta con los contratos de gestión empresarial, en tanto parece posible que la ejecución del contrato requiera que el gestor se vea investido de poder de representación de la sociedad. La competencia para su atribución corresponderá al órgano administrativo de la compañía⁶⁴. El apoderamiento a favor de una persona jurídica es formalmente distinto del instituto estudiado. Por un lado, el representante voluntario estará jerárquicamente sujeto al órgano administrativo y no resultará aplicable el régimen de la Ley de Sociedades de Capital.

A pesar de lo anterior, los autores han sugerido la oportunidad de trasladar analógicamente el régimen aplicable a las personas jurídicas administradoras a los entes que reciban apoderamientos generales de la sociedad⁶⁵. De ser así, el ente apoderado estaría sujeto a la obligación de designar a un solo representante

⁶³ JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, p. 107. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2009, p. 129. En el caso italiano, se planteó un problema inicial de delimitación de la figura del director general persona jurídica con los contratos de *management*; MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, *Contr. imp.*, 2 (1987), pp. 436-467, en concreto, p. 461.

⁶⁴ LANZA, A. “*Società direttore di società*”, cit., p. 270.

⁶⁵ Así, ÁVILA NAVARRO, P., “R. 11.03.1991. Sociedad anónima: Administración, por persona jurídica”, *Comentarios de Jurisprudencia Registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 115. Aunque el supuesto no se plantea expresamente, se apunta la conveniencia de construir el régimen contractual con detalle, lo que apunta en sentido negativo a la designación de un representante, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., pp. 112-113.

para el desempeño del cargo (art. 212 *bis* 1 LSC). A nuestro parecer, el director general persona jurídica podría quedar sometido a la responsabilidad civil propia de los administradores por aplicación del artículo 236.3 LSC si, en ausencia de delegación de facultades, fuera él quien asumiera las funciones de más alta dirección de la compañía⁶⁶. La norma que analizamos posee una función preventiva de la elusión del estatuto jurídico-formal de los administradores y está llamada a operar *ex post*, convirtiendo al apoderado general en legitimado pasivo de las acciones de responsabilidad.

En coherencia con la teleología de la norma, no resultarán exigibles a este sujeto los presupuestos y obligaciones propios del acceso al cargo, incluida la designación del representante. Aun así, cabe pensar que el apoderamiento general de una persona jurídica tenga por finalidad eludir la obligación prototípica de nuestro modelo normativo, la designación de un solo representante, por ejemplo, con el fin de diluir la responsabilidad. En tales casos, la hipótesis responde a un supuesto de fraude de ley *ex* artículo 6.4 CC, que tendría como resultado la aplicación de las normas propias de los administradores sociales. Sin embargo, la ausencia de designación de representante permanente sólo podría ser valorada como un indicio a favor del alejamiento de las personas físicas del centro de imputación de responsabilidad.

⁶⁶ Posibilidad expresamente admitida a partir de la Ley 31/2014, aunque propuesta de *lege ferenda* con anterioridad a la reforma por la mayoría doctrinal. Así, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 259-260. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 312-313. JUSTE MENCÍA, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo de 1998 (RJ 1998 4004) y 7 junio de 1999 (RJ 1999 509) y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999”, *RdS*, 14 (2000), pp. 441-457, en concreto, pp. 448 y 450. Una aproximación cautelosa a la interpretación extensiva del régimen, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Notas al régimen jurídico del director general en la SA”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 113-139, en concreto, p. 137.

2. Personalidad jurídica

El segundo de los elementos definitorios de la institución analizada consiste en la personalidad jurídica de la entidad beneficiaria del cargo de administrador. Éste es el presupuesto de hecho normativo del artículo 212.1 LSC, lo que permite excluir a cualesquiera otros sujetos de derecho carentes de tal atributo. Por su parte, la atribución de la personalidad jurídica se determinará con arreglo a la ley personal de cada entidad, que se identifica con su ley nacional (art. 9.11 C.C.).

2.1. Tratamiento de la administración de sociedades desde la vertiente interna

Desde la óptica del Derecho de sociedades capitalistas, la persona jurídica es apta para ocupar una vocalía en el órgano de administración. Siendo éste el presupuesto de aptitud, cualquier otra vicisitud de orden interno que obstaculice la atribución o el desempeño del cargo por parte del ente será ajena a la norma societaria. Por tal razón, el tratamiento de la administración societaria desde la vertiente interna de la persona jurídica será tan variado como distintas sean las entidades que ocupen el cargo. A pesar de ello, procede dejar sentadas algunas nociones en relación con esta cuestión.

2.1.1. Relaciones con la capacidad

La administración de sociedades de capital ha sido tratada como una cuestión relativa a la capacidad del ente administrador. Así se aprecia entre los autores españoles y, destacadamente, en la doctrina italiana, país en el que impera un sistema de capacidad general de la persona jurídica⁶⁷. En efecto, el ordenamiento transalpino fundamenta dogmáticamente la institución en la capacidad general que se les reconoce en Italia⁶⁸. Aunque la cuestión no ha sido definitivamente resuelta en el Derecho español, cabe aceptar que también entre nosotros rige un sistema de capacidad general de la persona jurídica. En virtud del artículo 38.1 C.C., el reconocimiento de la personalidad conlleva la atribución de capacidad plena para adquirir y poseer bienes de todas clases, contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales⁶⁹.

⁶⁷ Entre nosotros, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2315. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 75. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1502-1512, en concreto, p. 1506.

⁶⁸ Sobre la base de la plena capacidad de la persona jurídica, LANZA, A. “*Società direttore di società*”, cit., pp. 269-270. MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1956, p. 88. LIBONATI, B., *Holding e Investment Trust*, cit., p. 171. BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, cit. p. 1171. En el caso del modelo francés, más próximo al régimen de capacidad especial, la cuestión se remite a la concreta capacidad atribuida a cada ente. Así, ESCARRA, J., ESCARRA, E., RAULT, J., *Les sociétés commerciales*, cit., p. 24. En cambio, voces autorizadas han considerado que, en ningún caso, es una cuestión de capacidad de la persona jurídica, pues no depende de la concepción dogmática de la persona jurídica. Así, FERRI, G., *Le società*, 2ª ed., Torino, Utet, p. 641.

⁶⁹ CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 38 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 242-247, en concreto, p. 243. GULLÓN BALLESTEROS, A., “Art. 37. Art. 38”, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., t. I, Barcelona, Bosch, 2006, pp. 322-324, en concreto, p. 323. Ésta es la tesis principal de SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 139 y ss. Compartida por LEÓN SANZ, F. J., “Objeto social” ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 813-817, en concreto, p. 813. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 75. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1506.

Sin embargo, el consabido precepto añade que la capacidad patrimonial de la persona jurídica se reconoce conforme a las leyes y reglas de su constitución. A su vez, esta norma debe interpretarse de conformidad con el artículo 37 C.C., que remite la capacidad civil de las corporaciones, asociaciones y fundaciones a las normas, legales o contractuales, que las ordenen. Este contexto normativo sugiere dudas sobre el concreto sistema de capacidad acogido por el legislador. Por un lado, se ha defendido que la interpretación sistemática de los artículos 37 y 38 C.C. indica que la voluntad de la ley o de los asociados o fundadores puede alterar la capacidad general de la persona jurídica, si bien quienes sostienen esta interpretación reconocen que la fórmula plantea dudas de seguridad jurídica⁷⁰. En cambio, parece más adecuado pensar que el artículo 37 C.C. se limitaría a establecer una remisión a las condiciones de atribución de la capacidad. En otros términos, se referiría sólo al tiempo y modo en el que se adquiere la capacidad mediante la propia atribución de la personalidad jurídica.

Por consiguiente, si la administración societaria se concibe como una relación orgánico-contractual concluida *intuitus personae*, este vínculo puede ser establecido con una persona jurídica como sujeto de derecho plenamente capaz. En este sentido, desde el punto de vista de la capacidad de la persona jurídica, el reconocimiento expreso del instituto, contenido en el artículo 212.1 LSC, resultaría prescindible. Con todo, el hecho de que la administración de sociedades quede enmarcada en la capacidad general de la persona jurídica no excluye la consideración de otras circunstancias de orden interno que, afectando al ente, impidan u obstaculicen la atribución del vínculo orgánico en su favor.

⁷⁰ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 595. También recogen esta idea, CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 38 C.C.”, cit., p. 243. Esta postura también ha sido sostenida por GULLÓN BALLESTEROS, A., “Art. 37. Art. 38”, cit., p. 323.

2.1.2. Relaciones con el objeto

La aceptación del cargo incorpora al estatuto jurídico del ente las obligaciones propias de esta condición, incluida la gestión y representación de la sociedad administrada. En tanto actividad asumida por la persona jurídica, merece alguna consideración las relaciones entre la administración societaria y el objeto de la entidad gestora. Por lo general, los autores afirman que el cargo debe ser compatible con el objeto del ente administrador⁷¹. La compatibilidad se concreta en una serie de cuestiones particulares. La primera estriba en determinar si la administración social debe considerarse una actividad autónoma, a la cual puede dedicar su giro una persona jurídica o, en cambio, constituye una tarea auxiliar o instrumental al objeto de un ente⁷². A nuestro entender, ambas concepciones resultan admisibles, lo que obligaría a diferenciar dos constelaciones. Por una parte, resulta imaginable que el objeto estatutario de una persona jurídica consistiera en la administración de sociedades e incluso que se explicitara la posibilidad de que el ente ocupara la titularidad orgánica (sería el caso de *service companies* o, simplemente, de entidades *holding*).

⁷¹ En la doctrina francesa, LE CANNU, P., “Les dirigeants de la société par actions simplifiée”, *Rev. Soc.*, 2 (1994), pp. 239-256, en concreto, p. 240. FRANK, A., TOURNU, O., *La société par actions simplifiée (S.A.S.)*, Paris, Puits Fleuri, 2000, p. 72. Entre nosotros, prestando atención al modelo simplificado francés, NAVARRO MATAMOROS, L., *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades*, Granada, Comares, 2010, p. 153.

⁷² Esta disyuntiva se planteó en la doctrina registral en relación con la constitución de sociedades en la RDGRN de 16 marzo 1990 [RJ 1990\2302]. El centro directivo estimó ambas posibilidades. Se decanta por la segunda tesis, aunque sólo para el caso concreto, RDGRN de 25 de noviembre 1991 [RJ 1991\9676]. También acepta ambas posibilidades HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 137-138.

En contraste, en aquellos supuestos en los que la gestión de otras compañías no se hubiera consignado en los estatutos, se plantean problemas adicionales. Por una parte, es dudoso si la asunción del cargo se somete, simplemente, a la limitaciones propias de las actividades de lícito comercio (por ejemplo, la asunción de una participación capitalista en otra sociedad) y, por consiguiente, cabría trasladar al supuesto la presunción de compatibilidad con el objeto⁷³. En cambio, el papel que el ente asume en relación con la sociedad gestionada, las particulares obligaciones que nacen a su cargo, así como las posibles responsabilidades emanadas de la titularidad orgánica, indican que administrar una compañía no debería equipararse a cualquier operación que los administradores concluyen en el ámbito de sus facultades. En atención a lo anterior, la persona jurídica deberá valorar la incidencia que el cargo tendrá sobre el desarrollo, directo o indirecto, de su propio objeto. Desde luego, si al colocarse como administradora, la finalidad del ente es mediatizar el ejercicio de su objeto a través de la sociedad administrada, nos situaremos ante una modificación sustancial del mismo, que dará lugar al derecho de separación de los socios que no votaran a favor del acuerdo (art. 346.1.a) LSC)⁷⁴.

⁷³ Trasladando aquí la teoría general sobre la presunción de compatibilidad, con exclusión sólo de aquéllos manifiestamente contrarios al objeto, formulada en ESTEBAN VELASCO, G., “El objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente”, *RDM*, 196-197 (1990), pp. 403-424, en concreto, p. 411. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, cit., p. 41. Secundado RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Determinación estatutaria del objeto social”, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, E., SÁNCHEZ CALERO, F. (coords.), *Derecho de sociedades anónimas [en homenaje al Prof. Dr. D. José Girón Tena]*, t. I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 143-166, en concreto, p. 161. En la doctrina registral, se recurre a esta presunción en la RDGRN de 2 de octubre 1981 [RJ 1981\4081]. Por su parte, desde el estudio del administrador persona jurídica, consideran que la administración social constituye forma de ejecución del objeto, DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2315 y CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica p. 243.

⁷⁴ La cuestión es controvertida en relación con las cláusulas estatutarias de participación. Identifican la incorporación de tales cláusulas con una modificación sustancial, siempre que tengan por finalidad el ejercicio de una influencia dominante, ESTEBAN VELASCO, G., “El

Junto a esta constelación, aparecerán aquellos casos en los que el ente continúe desarrollando su objeto, de forma que las funciones como administrador se acumulen a las que se llevaran a cabo con anterioridad. En esta hipótesis, la duda reside en determinar si la actividad gestora es, simplemente, instrumental al objeto del ente o, en cambio, conlleva cierta ampliación o yuxtaposición de las tareas gestoras. Ambas tesis aparecen en la doctrina registral en relación con la intervención en la constitución de compañías y la adquisición de participaciones y acciones por parte de personas jurídicas. Por un lado, se ha afirmado que cuando se realiza en relación con sociedades de objeto análogo al de la persona jurídica adquirente, debe considerarse una forma de ejercicio indirecto del objeto⁷⁵. Por su parte, la participación en compañías de objeto ajeno al propio de la persona jurídica interviniente también se ha considerado una actividad instrumental al objeto, para lo cual podrán tenerse en cuenta factores diversos, tales como la finalidad de la inversión o su volumen⁷⁶. En el caso de la administración, el grado de injerencia en la gestión de la administrada que se exige al ente nos obliga a tratarla como una actividad con entidad autónoma y no meramente

objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente”, cit., p. 410 y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Determinación estatutaria del objeto social”, cit., p. 167. EMPARANZA SOBEJANO, A., “La creación de filiales y el derecho de separación del socio (A propósito de la STS de 10 de marzo de 2011), FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID IRUJO, J. M., RECALDE CASTELLS, A., LEÓN SANZ, F. (eds.), PÉREZ MILLÁN, D., SOLERNOU SANZ, E. (coords.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 201-214, en concreto, p. 204. REDONDO TRIGO, F., “La filiación de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011”, *RCDI*, 730 (2012), pp. 1165-1188, en concreto, p. 1181. En contra, PULGAR EZQUERRA, J., “Conversión en sociedad holding o de cartera, ¿sustitución o modificación del objeto social?”, *RdS*, 2 (1994), pp. 201-207, en concreto, p. 205.

⁷⁵ RDGRN de 16 de marzo 1990 [RJ 1990\2302], RDGRN de 2 de octubre 1981 [RJ 1981\4081].

⁷⁶ En la RDGRN de 10 de septiembre 1991 [RJ 1991\6233] se hace referencia a la cuota de participación, la proporción con respecto al patrimonio de la partícipe, la existencia de recursos disponibles.

instrumental al objeto. En este sentido, a nuestro entender, la asunción del cargo constituye una ampliación relevante del objeto, a la que resultan aplicables las reglas propias de esta hipótesis, a saber, la necesidad de una modificación estatutaria que otorgue a los socios el derecho a separarse de la sociedad, si ésta fuera la forma del ente gestor.

A. Administración vinculada a la participación en el capital de la administrada

No obstante lo anterior, se ha consolidado entre los autores la distinción entre dos constelaciones, dependiendo de si la persona jurídica fuera también socio de la sociedad administrada. De acuerdo con esta concepción, existiría una doble manifestación de la figura del administrador persona jurídica. La primera, aparentemente admisible sin matices, en la que el ente administrador participa en el capital social de la entidad administrada. Por su parte, la segunda constelación es observada con recelo, ante las mayores dificultades para establecer una relación de instrumentalidad entre el objeto del ente y la actividad gestora⁷⁷. La corriente doctrinal apuntada debe ser ligeramente matizada. Por un lado, debe tenerse presente que la condición de socio de la persona jurídica no es presupuesto de su aptitud para ocupar el cargo de administrador (art. 212.2 LSC)⁷⁸. En realidad, la posición de la que nos apartamos se ve influida por una cuestión de hecho y es que, a menudo, el ente

⁷⁷ ARANGUREN URRIZA, F. J., “La sociedad accionista”, cit., p. 162 considera que, desde la óptica de su objeto social, sólo será posible nombrarla administrador si es socio. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 243 HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 129 y 140.

⁷⁸ ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 306.

administrador es también socio de la compañía. Pero, además, lo relevante no es tanto la condición de socio del ente, sino la previsión que éste haya hecho para ejercitar su objeto indirectamente, a través de compañías participadas o, en su caso, gestionadas. En efecto, si el ente administrador tiene previsto en su objeto el ejercicio mediato de la actividad, a través de su participación en el capital de otras sociedades, la administración no será más que una actividad adicional en ese ejercicio mediato y, por consiguiente, no será precisa modificación alguna.

Sólo en estos términos puede compartirse la idea de que la titularidad de acciones o participaciones de la administrada favorezca la relación de instrumentalidad con el objeto social⁷⁹. Así, es cierto que la administración societaria planteará menores dudas de compatibilidad con el objeto cuando el ente sea ya socio de la administrada, pero lo anterior se deberá a que resultará posible para el ente desarrollar su objeto de forma mediatizada. En esencia, integrando ambas posturas, en la hipótesis que valoramos, resultará necesario aplicar un doble juicio de instrumentalidad, primero, entre el objeto y la participación y, después, entre ésta y el cargo de administrador en la sociedad participada. Con todo, se trata de un examen que sólo puede ser realizado *ex casu*, en atención a cada concreto tipo de persona jurídica y a la vista de su particular objeto. Por último, cabe imaginar que, si la participación posee mera finalidad inversora, sólo marginalmente instrumental al objeto social de una

⁷⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 231. También, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ESTEBAN VELASCO, G., FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 637-686, en concreto, p. 649, al afirmar que el objeto social de la administrada sólo es relevante cuando la persona jurídica administradora no es socia. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 243. DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2315.

persona jurídica, será menos frecuente encontrar al inversor en la condición de administrador.

A pesar de lo anterior, las vicisitudes internas no afectan al ámbito societario, al menos, en tanto el ente administrador no las ponga en conocimiento de la sociedad para que una u otro adopten las disposiciones oportunas. Así, la transmisión de las participaciones o acciones titularidad de la persona jurídica, perdiendo ésta su condición de socio y sin que la actividad de gestión de sociedades estuviera expresamente prevista en sus normas de organización, determinaría para ésta la pérdida de aptitud para ostentar el cargo. Pero, como se ha señalado, no existe previsión al respecto por lo que la enajenación de su cartera no tendría consecuencia alguna en relación al cargo, esto es, éste no perdería su aptitud subjetiva (personalidad jurídica) y tampoco incurriría en prohibición determinante de la obligación de cese ex art. 224.1 LSC. Cuestión distinta sería que ello produjera la pérdida del control de la sociedad y la Junta General cesara a la persona jurídica en el cargo.

B. Administración no vinculada a la participación en el capital de la administrada

Cabe imaginar que el nombramiento como administrador de una persona jurídica no responda a su condición de socio. Así ocurrirá en los casos en que se utilice la figura como alternativa a un contrato de gestión empresarial, cuando nos situemos ante un supuesto de gestión interina o incluso cuando el titular se coloque en esa posición para un mejor seguimiento de una inversión no realizada en el capital. En esta constelación, es probable que el objeto estatutario de la persona jurídica recoja expresamente la administración de sociedades mercantiles, al menos, en los dos primeros ejemplos. De no ser así,

la ausencia de vínculo accionarial que refuerce la instrumentalidad de la gestión obliga a valorar la relación instrumental entre la gestión y el propio objeto del ente administrador⁸⁰.

C. Momento y forma de valoración del objeto

Las relaciones entre el objeto de la administradora y las funciones atribuidas deben ser valoradas por la primera en el momento de aceptar el cargo. Se trata de que los responsables de la gestión de la compañía formulen un juicio de instrumentalidad al objeto y valoren, de acuerdo con las normas que ordenen su funcionamiento interno, a qué órgano corresponde la competencia para aceptar el mandato⁸¹. De resultar necesario, cabría proponer una modificación de los estatutos del ente, con el fin de alterar su objeto, incluyendo en él la gestión efectiva de otras sociedades. Según los casos, esta modificación podría otorgar a los socios el derecho a separarse de la compañía (art. 346 LSC). La persona jurídica podría tomar en consideración la solvencia de la administrada, la categoría de administrador que se le vaya a encomendar o el reconocimiento de retribución en su favor. Por su parte, en la inscripción del nombramiento, el control registral no debe extenderse al objeto de la persona jurídica administradora⁸². En efecto, el juicio de compatibilidad con el objeto habrá sido

⁸⁰ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 649.

⁸¹ En sentido similar, CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 117-137, en concreto, p. 129. También ésta es la idea subyacente en la RDGRN de 8 de junio de 1992 [RJ 1992\573], FD 4 (y su rectificación de 1 de septiembre de 1992, FD 3), al afirmarse que para apreciar si existe extralimitación del objeto social habrá de estarse al caso concreto, aplicando las soluciones jurídicas que resulten pertinentes.

⁸² ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S. A: Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias: Comentario a la

realizado de acuerdo con las normas que ordenen la vida interna y, en caso de infracción, deberá estarse a los remedios a disposición de los correspondientes legitimados, a saber, las acciones de impugnación o de responsabilidad.

Finalmente, cabe referirse a una última consideración en relación con el objeto del ente administrador. Como es sabido, rige para los administradores sociales una prohibición de dedicarse a actividades por cuenta propia o ajena que entrañen una competencia efectiva con el ente administrador (art. 229.1.f) LSC)⁸³. En el caso de que el titular sea una persona jurídica, lo anterior nos remite a su objeto estatutario, pero también a aquellas actividades no formalmente consignadas en él, pero que efectivamente realiza. Y, sin embargo, nos hemos referido a la necesaria compatibilidad entre el objeto de la administrada y la administración de una mercantil. En la conjunción de ambas reflexiones parece existir una contradicción, pues se plantea el riesgo de que la persona jurídica administradora se dedique por cuenta propia a actividades análogas a las desarrolladas por la sociedad que gestiona y, a la vez, la necesidad de que ambos objetos resulten próximos. En puridad, la relación de instrumentalidad no se refiere al objeto de la compañía administrada, sino a la propia actividad de gestión. Aun así, al menos de forma mediata, la gestión se refiere al desarrollo de los actos que comprendan el objeto de la administrada y es ahí donde puede plantearse una contradicción. En otros términos, la actividad de gestión no puede ser valorada de forma aislada del objeto de la sociedad administrada.

Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994”, *RCDI*, 633 (1996), pp. 463-504, en concreto, p. 503.

⁸³ LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 122-126. DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)”, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 581-612, en concreto, p. 587.

En atención a lo anterior, resulta que el objeto de la persona jurídica administradora posee relevancia en la norma societaria ante el riesgo de que el objeto del ente le sitúe ante incumplimientos fiduciarios frente a la sociedad administrada. Estas consideraciones no deben servir para rechazar la figura estudiada, sino que obligan a formular algunas pautas para suavizar la contradicción. Por un lado, la doctrina que se ha ocupado de la prohibición de competencia considera que no debe valorarse la actividad consignada en los estatutos correspondientes, sino aquélla que efectivamente se ejercite en cada caso⁸⁴. En otros términos, deberá valorarse si, de acuerdo con las circunstancias del caso, el ente administrador ejercita actividades que la sitúan ante una situación de competencia efectiva con la administrada. Recuérdese que, en todo caso, la Junta general de la sociedad administrada podría dispensar la prohibición, siempre que no cupiera esperar daño para la sociedad o si éste se viera compensado por los beneficios (art. 230.3 LSC).

2.2. Vicisitudes relativas a la adquisición de la personalidad jurídica

Desde que el ordenamiento jurídico aplicable reconoce personalidad a un ente, éste puede ser nombrado administrador de una sociedad de capital. En tal sentido, resultan plenamente aptas para el cargo las sociedades en formación, así como las sociedades irregulares, pues ambas gozan de tal expediente técnico. Se trata de nombramientos plenamente válidos y no condicionados al cumplimiento de otros requisitos legales (por ejemplo, la inscripción registral). En efecto, el nombramiento de personas jurídicas en formación o irregulares

⁸⁴ PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 38-39. Bajo la vigencia del artículo 117.4 RRM 1989, ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 306.

sólo queda sometido a condición suspensiva o resolutoria si así se establecen de común acuerdo con la sociedad⁸⁵. Por otro lado, cabe admitir que las personas jurídicas sujetas a inscripción y, en particular, a inscripción constitutiva, ofrecen mayor transparencia al instituto estudiado, en tanto su número de identificación registral figure en la hoja abierta a la sociedad administrada⁸⁶.

2.3. Vicisitudes relativas a la extinción de la personalidad jurídica

La pérdida del atributo de la personalidad determinará el incumplimiento del presupuesto de aptitud previsto en el artículo 212.1 LSC. Se trata, pues, de establecer pautas generales en relación con vicisitudes tendentes o próximas a la extinción de la personalidad jurídica. En concreto, se aborda el supuesto de disolución y liquidación del ente administrador como fases orientadas a la desaparición de la personalidad jurídica y, por consiguiente, de uno de los presupuestos del instituto estudiado.

2.3.1. La disolución y la liquidación

⁸⁵ Se muestran favorables CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p 242-243 y HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades...*, cit., p. 124, para quien la designación de una sociedad irregular o en formación no es necesariamente condicional. Por su parte, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. I, cit., p, 698, califica este nombramiento como condicional.

La disolución, entendida como la situación de trascendencia interna para la persona jurídica, con la que se inicia un proceso orientado a su desaparición del tráfico, no es incompatible con el cargo de administrador⁸⁷. Ante el alcance estrictamente interno de esta circunstancia, no existen razones para apoyar la extinción automática del vínculo orgánico por la mera concurrencia de una causa de disolución, sea ésta de pleno derecho, legal, estatutaria o por simple acuerdo de la Junta general. Es cierto que en términos de oportunidad la designación de una persona jurídica que se encuentra en el estado inicial del proceso que deberá concluir con su desaparición de la vida jurídica no asegura la deseable permanencia en el cargo.

Por lo que respecta a la liquidación, en esta fase se plantean algunas dudas de compatibilidad entre el objeto de la persona jurídica en liquidación y la titularidad orgánica. En la liquidación, el objeto del ente se reduce al reparto del haber patrimonial, lo que no se coherente bien con la gestión y representación de una sociedad de capital⁸⁸. Aun así, en tanto las actividades necesarias para completar la liquidación continúen, cabe pensar que el ente en liquidación se mantenga en el cargo hasta su extinción, siempre que cuente con un representante permanente⁸⁹. En esta materia, parece oportuno diferenciar entre la atribución del cargo a una persona jurídica incurso en causa de disolución o de liquidación y la aparición sobrevenida de tales circunstancias. Comenzando por el supuesto en que el ente administrador se vea incurso en

⁸⁷ ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 166 identifica disolución y liquidación.

⁸⁸ Así, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., 868, quien propone remitir la cuestión a la Junta general, solución de la que nuestra argumentación se aparta levemente. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Madrid, Civitas, 2014, p. 148.

⁸⁹ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 868.

causa de disolución, una vez verificada y sin que se hayan adoptado las medidas oportunas para enervarla, esta circunstancia deberá ser comunicada a la sociedad administrada. Lo mismo debe predicarse del supuesto en el que se declare la apertura de la liquidación, de no haberse comunicado previamente la disolución.

Por lo que respecta al nombramiento de una persona jurídica ya incurso en causa de disolución, parece lógico que la aceptación sea consultada a la Junta. Si el ente candidato al órgano fuera una sociedad de capital, el artículo 365 LSC impone a sus administradores un deber de convocatoria de la Junta general, con el fin de adoptar el acuerdo de disolución. Aunque los administradores conservan intactas sus facultades, al verificarse una causa de disolución, la aceptación del cargo debería posponerse a su enervación y, en todo caso, ponerse en conocimiento de los socios para que valoren su incidencia sobre la causa de disolución⁹⁰. Si la aceptación del cargo fuera realizada por los liquidadores, éstos deberán estar en condiciones de justificar la procedencia de la operación y su relación con el cumplimiento del fin de liquidación.

Por su parte, la designación del representante permanente durante las fases de disolución y liquidación sugiere algunas dudas relativas al órgano competente. Con fundamento, se ha afirmado que, si el poder de representación se limita a actos imprescindibles para completar la liquidación, resultará difícil acreditar que el apoderamiento y designación de un representante permanente constituyen, en realidad, actos de liquidación⁹¹. Además, el supuesto de designación de un representante permanente durante la fase de liquidación

⁹⁰ SACRISTÁN BERGIA, S., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, 2003, p. 239.

⁹¹ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 868.

sugiere, bien que el inicialmente nombrado ha cesado en el caso, bien que la persona jurídica ha aceptado el nombramiento una vez iniciada la liquidación. En este segundo caso, resultan aplicables las consideraciones antes formuladas. En el primero, compete a los liquidadores valorar la oportunidad de que la persona jurídica se mantenga en el cargo y, en su caso, optar por la renuncia, en lugar de incurrir en gastos adicionales relativos a la designación de un representante.

2.3.2. La declaración de concurso

La declaración de concurso no resulta incompatible *per se* con el cargo de administrador, en tanto no queda interrumpida la actividad profesional o empresarial del ente administrador (art. 44.1 LC). En esta hipótesis, la continuidad en el ejercicio del cargo por parte de una persona jurídica declarada en concurso depende de los efectos de tal declaración sobre las facultades patrimoniales del deudor. Ésta variará según se acuerde la mera intervención (generalmente, en el concurso voluntario, *ex* artículo 40.1 LC) o la suspensión (por regla general, en el concurso necesario, *ex* artículo 40.2 LC). Sólo en el segundo caso, el deudor concursado pierde las facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo el administrador concursal quien adoptará las medidas necesarias. Con ello, el ente administrador queda privado de la capacidad para ejercitar el comercio *ex* artículo 14 Cdc, lo que nos remite a la prohibición contenida en el artículo 213 LSC.

Con todo, cabe pensar que también en el mero supuesto de intervención, la sociedad administrada prefiera deponer a la persona jurídica declarada en concurso, con el fin de evitar verse afectada por las consecuencias de la insolvencia de su gestora. Se trataría de minimizar los vínculos con el deudor

persona jurídica, por ejemplo, ante el riesgo de ser declarado persona especialmente relacionada con el deudor (por ejemplo, por ser considerada una sociedad controlada por el deudor *ex art. 93.1.3 LC*). Y, a la vez, cabe pensar que el recurso a la facultad de cese *ad nutum* pueda calificarse como perjudicial para la masa (v. gr., porque deja de percibir la retribución anudada al cargo), por lo que la administrada debería valorar las circunstancias concurrentes antes de cesar a la administradora concursada.

III. APLICACIONES DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA EN EL TRÁFICO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La Ley de Sociedades de Capital plantea la administración por personas jurídicas como una cuestión de orden subjetivo, referida a la aptitud para ocupar el cargo, esto es, a *quién* puede ser administrador. Así se desprende de la ubicación sistemática, pero también de la propia rúbrica del artículo 212 LSC “requisitos subjetivos”, en línea con otras legislaciones comparadas (§ 76 Ab.3 AktG, arts. 390.3 y 4 CSC, § 141.b) DGCL). Sin embargo, constituye también ésta una cuestión de ámbito material o funcional, sobre la que interesa responder a las cuestiones *por qué* o *para qué* puede atribuirse la titularidad orgánica a sujetos distintos de la persona natural.

Igual que la designación de personas naturales, el nombramiento de personas jurídicas como administradores de sociedades de capital puede responder a distintos fines de política empresarial. Como es sabido, generalmente, la composición del órgano de administración se atiene a dos circunstancias, a saber, la estructura de poder en la sociedad y el papel de dirección de la empresa social. Sin embargo, atribuir la titularidad orgánica a un ente (una persona colectiva) despliega una serie de efectos jurídicos que no

se verifican en el caso de personas físicas y, por ello, la figura objeto de estudio merece cierta atención por lo que respecta a sus específicas aplicaciones en el tráfico. En todo caso, la institución tiene como presupuesto la interacción entre dos entes con personalidad jurídica propia, la sociedad administrada y la persona jurídica administrador, entre los que puede o no establecerse una relación de grupo. De esta forma, aunque no se altera formalmente la estructura orgánica de la sociedad o del ente administrador, se establece entre ellas una relación jurídica que sirve a los objetivos de, al menos, una empresa (la gestionada, la gestora o la común a ambos entes). En este sentido, se impone abandonar la perspectiva de la *sociedad isla* para situar la institución objeto de estudio en el ámbito de los fenómenos de integración empresarial. El estudio opta por una aproximación no valorativa y, a tal efecto, el análisis aborda las consecuencias o efectos jurídicos que se derivan del nombramiento de una persona jurídica como administrador, prescindiendo de su calificación como ventajas o inconvenientes. Seguidamente, se valoran diferentes utilidades que la operativa empresarial puede extraer de los anteriores y su combinación.

1. Consecuencias jurídicas del nombramiento de personas jurídicas como administradores

Se examinan en esta sede las consecuencias típicas de la designación de personas jurídicas como administradores de sociedades capitalistas. Se trata de efectos que se derivan del supuesto de hecho, la naturaleza colectiva de la persona designada administrador. Asimismo, se verifican de forma similar en todos aquellos ordenamientos jurídicos en los que se admite esta posibilidad, pero también en formas jurídico-societarias no capitalistas. En este análisis no se incluye el necesario nombramiento de una persona natural como

representante permanente del ente administrador en el ejercicio de las funciones propias del cargo, impuesto por los modelos normativos de orientación francesa, incluido el español (*ex art. 212 bis LSC*). Ello se debe a que la designación de un representante es una consecuencia jurídica anudada *ex lege* al supuesto de hecho normativo que sólo concurre en aquellos ordenamientos jurídicos que hayan optado por este particular modelo regulatorio y no, propiamente, una consecuencia natural del instituto. En cambio, bajo este epígrafe se exploran los efectos jurídicos de la designación de entes con personalidad propia, con independencia de las específicas garantías que cada ordenamiento haya adoptado para hacer frente a los riesgos subyacentes.

1.1. Desvinculación de las personas físicas de la titularidad orgánica

Al colocar a una persona jurídica a cargo de una vocalía del órgano de administración se logra desvincular, mediatizar o alejar a las personas naturales de la titularidad orgánica. La desvinculación permite que las personas naturales eludan la sujeción formal a las obligaciones y responsabilidades anudadas al cargo. Así, ni siquiera si el ente colectivo estuviera integrado por un único miembro o gestionado por una sola persona física debe entenderse que es ésta a quien corresponde ocupar el cargo. Por otra parte, la plena equiparación entre el administrador persona jurídica y la persona física permite afirmar que la referida desvinculación puede llegar a ser total, en el sentido de que ninguna disposición normativa se opone a que todos los titulares orgánicos sean personas jurídicas. Lo anterior es compartido por la mayoría de ordenamientos jurídicos favorables a la institución, de forma que, si el administrador único o todos los miembros del órgano de administración (los administradores

solidarios, mancomunados o todos los vocales del consejo de administración) fueran personas jurídicas, entonces, ninguna persona natural quedaría investida del cargo de administrador en la sociedad. A lo anterior se añade el hecho de que, en principio, los deberes y responsabilidades anudados al cargo no alcanzan a las personas físicas que controlan o gestionan al ente administrador (los llamados *administradores mediatos*)⁹².

Ante este primer efecto, existe cierta tendencia a asociar el uso de la figura con fines fraudulentos, a partir de la interposición de personas jurídicas como administradores⁹³. Es cierto que, según se analizará, tales manifestaciones fraudulentas se verifican en el tráfico, pero no deben considerarse exclusivas de la administración societaria por personas jurídicas, sino que el riesgo de interposición es intrínseco al propio expediente de la personalidad jurídica⁹⁴. A título ejemplificativo, con frecuencia se pone de manifiesto el riesgo de que el vaciamiento patrimonial del ente administrador (v. gr., a través de la constitución de sociedades con un capital mínimo o próximo a cero) permita eludir las responsabilidades financieras en que se concreten los incumplimientos de deberes propios del cargo⁹⁵. Frente a ello, debe tenerse presente que la garantía patrimonial que ofrecen las personas físicas como administradores no puede calificarse como superior a la de las personas

⁹² Se habla de una vinculación tan sólo mediata desde la doctrina alemana, BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit., p. 645. TEICHMANN, C., “Art. 47 SE-VO”, LUTTER, M. HOMMELHOFF, P. (eds.), *SE-Kommentar: SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht*, 2ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 731-741, en particular, p. 733.

⁹³ COTTINO, G., “Società (diritto vigente): società per azioni”, AZARA, A. EULA, E. (dirs.), *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, Utet, 1970, pp. 570-670, en concreto, p. 628. En contra de emplear este argumento para sostener el rechazo a la figura, BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, cit. p. 1173.

⁹⁴ PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 5.

⁹⁵ BOLOGNESI, C., “La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi”, cit., p. 4.

jurídicas⁹⁶, ni tampoco presumirse el uso fraudulento del expediente técnico de la personalidad ante la mera presencia de un ente con un patrimonio ínfimo. Cuestión distinta es que, anticipando los riesgos aquí apuntados, se opte por atajarlos radicalmente a través de la prohibición de la figura, eliminando además los costes regulatorios y de litigación, como ocurre en el caso alemán (§ 76 AktG Ab. 3). En cambio, otros ordenamientos, incluido el nuestro, aceptan el riesgo de perversión de la figura, como concreción del abuso de la personalidad jurídica y reaccionan frente a ello con los mecanismos jurídicos habituales.

El principal riesgo derivado del *alejamiento o mediatización* es la creación de un centro adicional de imputación de relaciones jurídicas entre quien *de facto* administra y los terceros, incluida la propia sociedad. Sin embargo, esta posibilidad no desaparece por el hecho de que el administrador sea una persona física. Aun así, el administrador persona jurídica permite sustraer determinados patrimonios a la responsabilidad derivada del cargo, en ocasiones con fines plenamente lícitos, pero contrarios al ordenamiento jurídico en otras⁹⁷. Es posible, pues, establecer cierto paralelismo entre el atributo de la limitación de responsabilidad y la desafección del propio patrimonio o una parte del mismo a la actividad gestora a través de la atribución del cargo a un ente con personalidad jurídica, limitando así los efectos del artículo 1911 C.C. En este sentido, el incremento en el uso de la figura puede compararse con el éxito en el tráfico de las formas jurídicas que ofrecen a sus miembros la limitación de

⁹⁶ En el mismo sentido, MONTALENTI, P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, cit., p. 143. *Ibidem.*, “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, cit., p. 464. Utiliza este argumento para rechazar la admisibilidad de la figura, GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, *Riv. Soc.*, (1968), pp. 93-149, en particular, p. 146. CECCHI, P., *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 235.

⁹⁷ PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 5.

responsabilidad. Esta forma de razonar explica que, por ejemplo, en el caso alemán, se haya propugnado la concertación de seguros de responsabilidad civil para los administradores sociales (los conocidos como *D&O*) si la finalidad primordial de colocar a un ente en la titularidad orgánica es reducir el riesgo para la persona física de incurrir en responsabilidad⁹⁸. En todo caso, puede aceptarse que el alejamiento permita ocultar la identidad de los sujetos efectivamente encargados de la gestión, favoreciendo el anonimato de los gestores materiales⁹⁹.

Cada legislación toma en consideración estas circunstancias a la hora de decantarse por admitir o rechazar la institución estudiada. Sin embargo, incluso aquellos ordenamientos favorables a la institución recelan de la desvinculación total de las personas físicas del régimen legal de deberes y responsabilidad. Por este motivo, acogen soluciones legislativas diferentes para limitar o paliar el alejamiento, consistentes en sujetar a ciertas personas naturales, al menos, a responsabilidad en sede societaria. En el caso español, como ocurre en el francés y belga, se opta por imponer al ente administrador la designación de una única persona para el desempeño de las funciones propias del cargo¹⁰⁰. En esencia, se trata de que tanto la sociedad como los terceros puedan tener constancia en todo momento de la identidad de una persona natural *representante* de la persona jurídica, aunque ésta no ocupe posición orgánica alguna en la sociedad administrada o en la persona jurídica administrador. A pesar de las consideraciones precedentes, no siempre la administración

⁹⁸ HÜFFER, U., *AktienGesetz*, 11ª ed., München, C. H. Beck, 2014, p. 397. KORT, M., “§ 76 AktG”, cit., p. 201

⁹⁹ MARTUCCI, K., “L’ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese (appunti per misurarsi con un problema ancora aperto nel diritto italiano)”, *Riv. Dir. Soc.*, 2 (2009), pp. 370-379, en particular, p. 378.

¹⁰⁰ En detalle, sobre el modelo normativo, véase el Capítulo II, III.1.

societaria por personas jurídicas obedece a la finalidad de limitar el riesgo derivado de la gestión.

Por último, la desvinculación de las personas físicas de la titularidad orgánica sugiere una serie de ventajas operativas en punto a la estabilidad del órgano de administración. En efecto, las vicisitudes propias de la vida humana, susceptibles de plantear problemas en el seno del órgano (ausencia, enfermedad, fallecimiento o incapacidad sobrevenida) quedan eliminadas cuando los administradores son personas jurídicas¹⁰¹. No se ignora que también la personalidad jurídica puede verse afectada por circunstancias que determinen su inoperancia o extinción: incursión en causas de disolución tales como la paralización de sus órganos, alteraciones de la personalidad jurídica, estados de insolvencia o consecuencias derivadas de la declaración de concurso. De esta forma, la figura puede contribuir a reducir los conflictos derivados de la inestabilidad de los mandatos, por ejemplo, los conflictos intrasocietarios que se plantean entre los núcleos de propiedad con motivo de la cobertura de las vacantes y que tratan de prevenirse *ex ante* a través de mecanismos diversos (disposiciones estatutarias relativas al nombramiento o pactos parasociales).

En última instancia, debe resaltarse que la desvinculación de las personas físicas de la titularidad orgánica se produce de forma automática y con independencia del fin, legítimo o fraudulento, con el que las partes recurran al administrador persona jurídica. En tal sentido, este efecto jurídico se diferencia de los demás examinados en esta sede que dependen, estrictamente, de la voluntad de los miembros de la persona jurídica y de su funcionamiento.

¹⁰¹ SIMON, H. V., "Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften", *LZ*, (1908), pp. 1-24, en concreto, p. 9. KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft: Betrachtungen zu §§ 76 Abs. 3 S. 1 AktG und 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG*, Lang, Frankfurt am Main, 2000, pp. 52 y 67.

1.2. Desplazamiento y ampliación de los centros de decisión e imputación de responsabilidad

En segundo lugar, el nombramiento de una persona jurídica como administrador tiene por efecto el desplazamiento del centro de decisión o dirección empresarial al ente colectivo que ocupa la vocalía. Sin embargo, el grado de desplazamiento o extracción del poder de gestión depende de la forma que adopte el órgano de la administrada, así como de su composición. Si su administrador único, su administrador solidario o todos los miembros de un órgano colegiado fueran personas jurídicas, entonces la gestión se remite a la esfera competencial de las entidades administradoras. En cambio, si la persona jurídica es sólo uno de los miembros de un órgano colegiado, las prerrogativas que se desplazan a la esfera del ente son las que corresponden a esta condición y no la totalidad del poder de gestión de la compañía¹⁰².

A la vez, como consecuencia de la presencia de una persona jurídica en el órgano, se extrae de la Junta general la selección de quienes se ocupan, materialmente, del ejercicio de las funciones que la ley atribuye a los administradores en la sociedad. Ello se debe a que el ente designado para el cargo es quien, conforme a su normativa aplicable, escoge a sus propios gestores. En tal sentido, uno de los argumentos históricamente aducidos en contra de la licitud de la institución es su incompatibilidad con la competencia de la Junta general para nombrar a los administradores sociales¹⁰³. Sin

¹⁰² En Italia, la afectación que ello supondría para la colegialidad se considera un argumento superado en la doctrina italiana, CAGNASSO, O., “Persona giuridica amministratore di fatto di società”, *Giur. It.*, 2 (2012), pp. 2588-2590, en concreto, p. 2588, así como en la superación de la colegialidad en la s.r.l. (p. 2589).

¹⁰³ GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, cit., p. 138. En la dogmática alemana, BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person

embargo, los socios de la administrada conservan la facultad de nombrar y cesar al ente como administrador. Además, al formalizar el nombramiento de una persona jurídica se acepta que la selección de los gestores materiales corresponderá a la persona jurídica¹⁰⁴. Asimismo, en los modelos normativos que requieren la designación de un solo representante, la tutela de los socios se incrementa al ser ésta la única persona legitimada para asumir formalmente las funciones, tanto en su relación con la sociedad (v. gr., la asistencia a la Junta general, la presencia y manifestación del voto en las sesiones del consejo, la firma de la documentación societaria), como frente a los terceros con quienes se relacione.

Como consecuencia del referido desplazamiento, la institución objeto de estudio conlleva la ampliación o multiplicación de los centros o sujetos a quienes incumbe la toma de decisiones empresariales, alcanzando a todos aquellos que intervienen en la gestión de la persona jurídica¹⁰⁵. La persona jurídica es un ente *colectivo* cuya voluntad será formada y expresada, de

als Organ”, cit., p. 645. FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 21. TEICHMANN, C., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 733. HOMMELHOFF, P., “Anlegerschutz in der GmbH&Co. KGaA”, ULMER P. (ed.), *Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392: die Tragweite des Beschlusses und seine Bedeutung für die Kautelarpraxis. Kolloquium der Wolfgang-Schilling-Stiftung am 14.11.1997*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft. Behefte der ZHR, 1998, pp. 9-32, en concreto, p. 20. BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 62. CECCHI, P., *Gli amministratori di società di capitali*, cit., p. 235.

¹⁰⁴ MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, cit., p. 464. BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, cit., p. 1173. BOLOGNESI, C., “La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi”, cit., pp. 305.

¹⁰⁵ Se refieren a un efecto multiplicador, LE CANNU, P., “Direction et contrôle de la société par actions simplifiée”, LE CANNU, P. COURET, A. (eds.), *Société par actions simplifiée*, Paris, GLN Joly, 1994, pp. 23-36, en concreto, p. 33. JUSTE MENCÍA, J.: “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, AA.VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 853-884, en concreto, p. 854.

acuerdo con sus propias normas reguladoras, por aquellas personas, físicas o jurídicas, que integren su estructura orgánica. De esta forma, las decisiones que la persona jurídica administrador deba adoptar en ejercicio del cargo serán consensuadas por su órgano competente (el responsable de la gestión, la reunión de sus socios o miembros o la interacción entre ellos). Así, es probable que las decisiones relativas a la dirección de la sociedad administrada deban ser adoptadas de forma colectiva en el seno de otro ente. En tales casos, la figura permite evitar la concentración de los poderes inherentes al cargo de administrador en una sola persona física¹⁰⁶. Pero, además, con ello se produce la *superposición* de esferas orgánicas: las funciones del órgano administrativo de la sociedad de capital administrada competen a los órganos de la persona jurídica administrador¹⁰⁷. Con ello también se multiplican los intereses implicados en la gestión y, por consiguiente, el riesgo de incurrir en conflictos de interés¹⁰⁸.

A diferencia de la desvinculación de personas físicas, este efecto no es una consecuencia inherente al establecimiento del vínculo orgánico sobre una persona jurídica, sino que depende, a su vez, de la composición y funcionamiento del ente administrador. En este punto, resultan imaginables las estructuras complejas en las que una persona jurídica administradora sea, su vez, gestionada por otro ente y este esquema se repita de forma sucesiva. Tal hipótesis nos situaría ante un efecto de difusión de la imputación de los actos de gestión y la consiguiente responsabilidad anudada al cargo, al generar un

¹⁰⁶ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 207.

¹⁰⁷ FERRI, G., *Le società*, cit., p. 642 consideraba éste el principal problema dogmático. MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, cit., p. 465. NIGRO, A., “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, *Riv. Dir. Soc.* 1 (2007), pp. 12-16, en particular, p. 13.

¹⁰⁸ BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 48.

efecto *telescópico* o de pirámide invertida, en el sentido de que una simple vocalía orgánica (un cargo unipersonal) se ampliaría sucesivamente en cada escalón, dando entrada en la gestión a los sujetos implicados en la gestión de cada ente. Por otra parte, el solapamiento de esferas puede también predicarse de los casos en que un miembro (socio) o gestor de otra persona jurídica se coloca en la titularidad orgánica de la sociedad de capital –incluidos aquí los casos de administrador común o *interlock*–, pero adquiere aquí una dimensión diferente en tanto es la persona jurídica quien queda investida del cargo.

No obstante, la superposición no resulta relevante a efectos de la sociedad administrada en el modelo normativo español, pues la ley atribuye la representación del ente de forma exclusiva a una única persona natural (art. 212.1 LSC). Por consiguiente, las vicisitudes orgánicas del ente administrador resultan indiferentes, en tanto el representante inscrito (*ex arts. 212 bis LSC y 143 RRM*) será el único legitimado para manifestar la voluntad de la persona jurídica frente a la sociedad administrada¹⁰⁹. Como decíamos, el efecto de ampliación de los centros de decisión (y, por consiguiente, de responsabilidad) depende de varios factores, primordialmente, del concreto fin con el que fue designada la persona jurídica para el cargo, así como de su estructura y funcionamiento. El efecto es patente en los casos en que el ente administrador está integrado por varios miembros o en él coexisten intereses diversos, lo que hace necesario consensuar determinadas decisiones entre los sujetos interesados antes de ser llevadas al órgano de administración de la sociedad administrada. Por ejemplo, piénsese en un núcleo de propiedad que coloca como administrador a una sociedad patrimonial en la que confluyen los intereses no homogéneos del propio grupo o en una minoría agrupada

¹⁰⁹ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 141-144, en concreto, p. 142.

constituida en sociedad civil o mercantil para favorecer la estabilidad de la agrupación, por ejemplo, a efectos de ejercicio del derecho de representación proporcional¹¹⁰.

Diferente perfil presentan los supuestos en los que no existen divergencias de interés en el seno del ente administrador, lo que a menudo se debe al carácter unipersonal de la sociedad o del órgano de administración. Así, si el administrador fuera una persona jurídica unipersonal (v. gr. una sociedad responsabilidad limitada o anónima unipersonal) o estuviera administrada, a su vez, por una única persona (física o jurídica), es posible que su nombramiento no produzca un efecto de ampliación del centro de decisión, sino, más bien, de escisión del poder de dirección y de la responsabilidad a él asociada. En estos casos, el centro de decisión se desplaza del titular orgánico (la persona jurídica) al socio o administrador del ente. Por este motivo, los riesgos de abuso de la figura se manifiestan con mayor frecuencia en supuestos de unipersonalidad en el seno del administrador (socio único o administrador único). A pesar de ello, no puede presumirse la utilización abusiva del administrador persona jurídica en casos de unipersonalidad, que pueden responder a estructuras empresariales plenamente lícitas.

Como correlato a la incorporación de nuevos centros de decisión, se añaden también núcleos adicionales de imputación de la responsabilidad derivada del cargo de administrador, a saber, sus miembros, socios o titulares de cuotas y sus administradores. Sin embargo, este efecto es sólo formal o teórico en la medida en que las personas jurídicas de mayor presencia en el tráfico incorporan el atributo de la limitación de responsabilidad para sus miembros o socios. Lo anterior permite afirmar que, cuando el ente administrador es una

¹¹⁰ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 680 resalta la viabilidad de que la minoría agrupada se constituya en sociedad civil y se haga designar administrador.

persona jurídica de responsabilidad limitada para sus miembros, la ampliación del centro de decisión no se acompaña de un correlativo incremento del centro de imputación patrimonial. Los terceros con quienes se relacione la sociedad se verán afectados, pues al diferirse la toma de decisiones, se incrementa también el riesgo de dilución de la responsabilidad. Ello dificultará su reclamación, al obligar al tercero a identificar el origen de las decisiones dañinas, que puede hallarse en la persona natural representante, pero también en el órgano gestor del ente administrador o en sus propios miembros.

Aunque ocurre con menor frecuencia, el efecto multiplicador de los centros de imputación de responsabilidad propio de la figura puede también utilizarse para mutualizar la manifestación del riesgo derivado del cargo. Piénsese en que el administrador sea una persona jurídica carente del atributo de la responsabilidad limitada, de forma que sus miembros respondan con arreglo al artículo 1911 C.C. (por ejemplo, una sociedad civil). En tales casos, las esferas patrimoniales de cada uno de los socios de la persona jurídica administradora que no estén amparados por la limitación de responsabilidad soportan personalmente el riesgo anudado al ejercicio del cargo. Cada uno de ellos constituye un centro de imputación solidaria de la responsabilidad, verificándose en su plenitud el efecto de ampliación ahora estudiado. También podría pensarse en que los socios de una sociedad capitalista acordaran solidarizar la responsabilidad en el ejercicio del cargo y, a tal efecto, constituyeran una sociedad civil o una mercantil colectiva a la que designar administrador. Aunque plenamente realizable, este sistema de mutualización de la responsabilidad entraña algunos inconvenientes operativos; por ejemplo, porque cualquier socio se vería obligado a repetir contra los demás en caso de responder efectivamente. Por ello, en el tráfico, esta posibilidad cede ante otros

institutos que conllevan menores costes de regulación para los interesados (v. gr., los seguros de responsabilidad civil de los administradores).

El efecto ahora estudiado de ampliación o multiplicación se manifiesta en una segunda forma en aquellos ordenamientos jurídicos que imponen el nombramiento de una persona natural como representante del ente administrador, entre otros, el belga, el francés o el español. Y es que, en tales casos, cada una de las vocalías del órgano de administración se desdobra para dar acogida a dos sujetos de Derecho: la persona jurídica y, junto a ella, la persona natural representante. Ambos se colocan como centros de imputación de la responsabilidad derivada del cargo, aunque la forma en que deba articularse su reclamación dependerá del modelo normativo acogido por cada legislación.

Por último, es necesario referirse a dos constelaciones particulares. La primera se refiere al supuesto en que dos sociedades fueran simultánea y recíprocamente administradora y administrada. En esta hipótesis, las decisiones del órgano de administración se desplazan a la otra sociedad, cuyo órgano está, a su vez, integrado por la primera. La estructura presentada se torna opaca para los terceros, en la medida en que la toma de decisiones lesivas adquiera carácter espiral, lo que debe servir para rechazar su licitud. La hipótesis puede manifestarse de forma directa –un ente es titular orgánico de otro y viceversa-, pero también configurarse indirectamente; así, podrían presentarse estructuras circulares en las que la sociedad A fuera administradora de B que, a su vez, fuera administradora de C y C gestionara a la sociedad A. Además, este efecto podría lograrse atribuyendo formalmente las vocalías orgánicas a las entidades o presentarse, de hecho, por medio de participaciones

recíprocas¹¹¹. En ambos casos, la sociedad gestiona directamente a su propio administrador.

La licitud de tales estructuras debe ser rechazada siempre que las sociedades sean, recíprocamente, administradores únicos, tanto de forma directa, como indirecta. En esta hipótesis la sociedad podría ser llamada a responder como gestora mediata de sí misma, por ejemplo, si la sociedad administradora repitiera contra ella el importe satisfecho como consecuencia del ejercicio de una acción de responsabilidad social. De lo anterior se concluye que el carácter necesario del órgano de administración se concreta en la atribución de las vocalías a sujetos de derecho distintos de la propia sociedad administrada. Este argumento serviría para rechazar la práctica, aunque las sociedades no fueran administradores únicos mutuos. Cabe pensar que esta constelación tenga por finalidad el control recíproco entre las sociedades integrantes de la estructura, al facilitar el acceso a la información manejada en cada órgano de administración. Sin embargo, con ello se defraudan las normas en materia de responsabilidad en la fracción o cuota de responsabilidad que correspondería a la propia sociedad administrada por intervenir en la gestión de su administradora y, por consiguiente, la hipótesis contravendría el artículo 238 LSC.

Próximo al anterior es el caso en que el administrador persona jurídica sea un ente cuyo único patrimonio esté integrado por las acciones o participaciones de la sociedad administrada (piénsese en que la sociedad *holding* es designada administrador). En tales supuestos, el riesgo derivado del ejercicio del cargo se desplaza del patrimonio del administrador al propio patrimonio de la sociedad

¹¹¹ LIBONATI, B., *Holding e Investment Trust*, cit., p. 173. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las participaciones recíprocas en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDBB*, 39 (1990), pp. 487-534, en concreto, 493. ANTUNES, J. A. E., *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2002, p. 385.

administrada. De este modo, el efecto de sustitución del patrimonio propio de la *holding* se traduciría en que la sociedad soportaría sobre su patrimonio las consecuencias de su propia incorrecta gestión¹¹². En términos prácticos, al ejercitar una acción social de responsabilidad frente al administrador, el patrimonio llamado a responder sería el propio de la sociedad a la que se pretende reintegrar, generando una estructura circular. Si se tratara de una sociedad íntegramente participada por su propio administrador, este mismo hecho elimina la existencia de socios minoritarios legitimados para ejercer acciones de reintegración del patrimonio social, pero en ningún caso permite descartar su ejercicio por parte de los acreedores, que se verían obligados a perseguir centros adicionales sobre los que imputar la responsabilidad de integrar el patrimonio social.

1.3. Ejercicio *directo* del poder de dirección

Por regla general, el control de la administración de la sociedad viene precedido de su control financiero, consolidado a través de la tenencia directa o indirecta del capital o articulado por medio de otros vínculos. En este sentido, es posible que el control financiero no obedezca a que el sujeto sea titular del capital, sino que ostente un interés simplemente acreedor (piénsese, en grandes acreedores financieros)¹¹³. Para velar por su interés financiero (estrictamente accionarial o acreedor), la persona física o jurídica controlante tendrá interés en participar en la gestión de la sociedad. En el supuesto de que el interés accionarial o acreedor recaiga sobre una persona jurídica, la posibilidad de que

¹¹² Expresamente, VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962, p. 40.

¹¹³ HEEDE, H., *Das Recht der Gesellschaftsgruppierungen in Frankreich*, Köln, Heymanns, 1971, p. 46.

ella misma ocupe la titularidad orgánica, sin necesidad de colocar a personas físicas, puede calificarse como un mecanismo de reforzamiento del poder de dirección o de control directo, por oposición a los cauces indirectos basados en la designación de personas físicas de confianza (sus propios administradores o representantes voluntarios)¹¹⁴. El control directo vendrá dado por el hecho de que la persona jurídica ostente el elenco de prerrogativas propias del estatuto jurídico de administrador, incluidas todas las facultades de dirección y decisión.

El grado de control directorial dependerá de la estructura que adopte el órgano de administración de la sociedad de capital gestionada. Si la persona jurídica fuera su administrador único, concentraría mayor poder de decisión que si integrara un consejo de administración o tuviera que actuar de forma mancomunada. El ejercicio directo del control por medio de una persona jurídica favorece la eliminación de los riesgos asociados a las vicisitudes propias de la vida humana (fallecimiento, enfermedad, incapacidad sobrevenida, conflictos personales de interés), en ocasiones determinantes de pérdida de los puestos de dirección en favor de otro núcleo accionarial. Asimismo, el control directo suprime la necesidad de disponer medios adicionales para garantizar la fidelidad de las personas físicas designadas para el cargo¹¹⁵.

¹¹⁴ SIMON, H. V., “Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften”, cit., p. 15. VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, cit., p. 118. Se refiere a control completo de la sociedad dependiente, GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, 3ª ed., London, Steven & Sons, 1969, p. 129.

POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 207. SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 3.

¹¹⁵ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 202. CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, p. 138.

Por último, puede ocurrir que la persona jurídica prefiera evitar la titularidad orgánica y, en su lugar, designe a personas físicas con las que mantenga una relación fiduciaria¹¹⁶. Pero la preferencia del titular del interés accionario o acreedor por ocupar directamente el cargo o designar a una persona natural no es válida como argumento en favor o en contra de un concreto criterio de política jurídica y, sobre ella, no cabe un juicio universal y apriorístico. Se trata, en todo caso, de una decisión que corresponde adoptar a la estructura empresarial tras sopesar las ventajas (control directo, estabilidad en el cargo o posible mutualización de la responsabilidad), pero también los inconvenientes: el necesario nombramiento de una persona física como representante o el tratamiento como vinculadas que recibirán las operaciones concluidas entre el ente administrador y la sociedad.

2. Aplicaciones específicas del administrador persona jurídica

Sentados los efectos jurídicos derivados de la designación de personas jurídicas como administradores, es posible indagar sobre sus aplicaciones específicas en el tráfico de las sociedades capitalistas. Se trata de observar cómo pueden ser aprovechadas las consecuencias jurídicas descritas para obtener determinados resultados relacionados con la gestión empresarial. Las manifestaciones de la administración societaria por personas jurídicas que a continuación se presentan no deben considerarse un *numerus clausus*.

¹¹⁶ Es un lugar común en la doctrina la afirmación de que la persona jurídica titular de una participación suficiente para designar administradores (por tener la mayoría, por habilitación estatutaria o por la vía del artículo 243 LSC) evitará colocarse en la titularidad orgánica. Así, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 60. En sentido similar, MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 90 entendía que existen otros cauces más sencillos para ejercer el control sin necesidad de administrar directamente. LE CANNU, P., *Droit des sociétés*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2003, p. 401.

Tampoco es taxativa la sistemática propuesta, pues algunas de las aplicaciones aparecen interrelacionadas, de forma que los efectos o ventajas propios de unas pueden manifestarse en otras; así, por ejemplo, la profesionalización de la gestión puede verificarse en supuestos de grupo, pero también ser ajena a fenómenos de integración empresarial. Por último, su examen no se realiza con pretensión de exhaustividad, pues el uso de la figura dependerá de la autonomía de la voluntad de los interesados y, en ocasiones, de las limitaciones establecidas por la legislación especial.

2.1. Profesionalización y/o externalización de la administración. El *management* interino

Encomendar la titularidad orgánica a una persona jurídica puede tener por finalidad la profesionalización de la gestión de la empresa. Este objetivo puede ser cumplido recurriendo a la externalización, esto es, a un tercero ajeno a la sociedad o a su estructura empresarial, pero nada impide que la persona jurídica administrador sea constituida por los propios socios (piénsese, por ejemplo, en que se trate de otra entidad del grupo). Al amparo del artículo 212.1 LSC, una entidad dedicada profesionalmente a la gestión puede ocupar una o la única vocalía del órgano con esta finalidad, de forma que el gestor profesional quede integrado en la esfera orgánica societaria¹¹⁷. Las manifestaciones de esta

¹¹⁷ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., pp. 640 y 641. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2945-296, en concreto, p. 2950. Hipótesis que también tiene presente el CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNTI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Società amministratrice di società di capitali*, *Massima* 17/2010, de 8 de noviembre, pp. 183-189, en concreto, p. 188, al sugerir que los socios pudieran encomendar la gestión a una sociedad dedicada profesionalmente a la gestión.

aplicación son diversas y pueden relacionarse con distintos factores: la dimensión de la empresa, los escasos conocimientos de los socios en materia de gestión que acuden a un tercero externo, quien bajo una concreta forma jurídica presta servicios profesionales de gestión social. En esta función se manifiesta el carácter alternativo entre el administrador persona jurídica y el contrato de gestión empresarial.

En el mismo sentido, el administrador persona jurídica constituye una institución adecuada para articular el conocido como *management* interino¹¹⁸. Esta expresión es generalmente utilizada para referirse a la cobertura temporal de vacantes del órgano de administración (habitualmente, de cargos de naturaleza ejecutiva) a través de la intermediación de entidades especializadas en el reclutamiento de profesionales de la gestión. Las vocalías del órgano pueden quedar vacantes en momentos puntuales, tanto por razones societarias (cambios de control, incursión sobrevenida del titular en incompatibilidad, prohibición o inhabilitación), como empresariales (circunstancias de corte estacional relacionadas con la actividad, estrategias de expansión). El *management* interino permite a la sociedad recurrir a un tercero que selecciona y pone a su disposición a la persona natural idónea para ocupar la vocalía, pero sólo de forma interina o temporal. Se establece así una relación triangular, en cuyos vértices se sitúan la sociedad, la persona física llamada a ejercer materialmente funciones de administración y la entidad especializada en su selección¹¹⁹.

El gestor interino ocupará el cargo en tanto se perpetúe la concreta circunstancia (v. gr. hasta desaparecer la inhabilitación del titular originario o

¹¹⁸ Apunta esta posibilidad ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 640.

¹¹⁹ KRIEGER, G., “Interim Manager im Vorstand der AG”, cit., p. 711. BUSCHBAUM, J., KLÖSEL, D., “Interim Management aus Sicht der arbeitsrechtlichen Vertragspraxis”, *NJW*, (2012), pp. 1482-1485, en concreto, p. 1482.

hasta completar una operación de cambio de control) o bien se someterá a un periodo de prueba, ante la necesidad de valorar si el candidato se adapta al concreto perfil para el que fue seleccionado. Este fenómeno no debe inducir a error con la institución del administrador suplente (art. 216 LSC), designado al operar el nombramiento de los titulares como medida preventiva de la vacante. El *management* interino plantea algunos problemas de compatibilidad con la normativa societaria que sólo se resuelven si se admite que la persona física propuesta ocupe la titularidad orgánica sin mayores matizaciones y los servicios de la entidad prestadora del servicio son retribuidos de forma separada. Sin embargo, el servicio no suele responder a tal esquema, en la medida en que la persona natural mantiene una relación contractual con la entidad de reclutamiento. Por este motivo, el fenómeno estudiado es dudosamente compatible con la competencia de la Junta general para efectuar el nombramiento de los administradores. También puede plantear problemas de orden retributivo, pues, en principio, tanto la retribución estatutaria de las funciones de administrador, como los emolumentos que compensen las funciones ejecutivas, corresponderán al titular del cargo¹²⁰.

En este contexto, la regulación española de la administración societaria por personas jurídicas ofrece la flexibilidad suficiente para dar acogida a los supuestos examinados, eliminando los problemas de licitud de los negocios jurídicos puramente contractuales. Así, nada impide que la entidad gestora o la agencia de *management* se coloque en la titularidad orgánica, correspondiendo a la persona natural seleccionada la condición de representante. De esta forma, la agencia podría nombrar y cesar a las personas por ella designadas sin alterar la regla general sobre la competencia para el nombramiento de los

¹²⁰ Sobre esta cuestión, véase *infra* Capítulo VI, XI.

administradores, ni plantearse problemas de imputación de la retribución¹²¹. Sin embargo, subsumir tales fenómenos en la figura del administrador persona jurídica conlleva la sumisión de la entidad externa al estatuto jurídico del administrador, situación que el titular de la empresa y el propio ente gestor, a menudo, desearán eludir¹²². Por último, esta posibilidad sólo resultará aplicable en aquellos casos en los que sea necesario cubrir una única vacante, pues cada persona jurídica podrá ocupar una sola vocalía por aplicación del llamado principio de unidad¹²³.

2.2. Aplicaciones en grupos de empresas

Por su papel como mecanismo de reforzamiento del control y ejercicio directo de la dirección, el *administrador persona jurídica* se proyecta sobre la disciplina del grupo de empresas¹²⁴. Como es sabido, el grupo se caracteriza por poseer una estrategia empresarial unitaria, que se irradia a las entidades que lo integran, desde la matriz, en caso de grupos jerarquizados, y, horizontalmente, en grupos por coordinación; en ocasiones, como es sabido, con menoscabo del interés de las sociedades dependientes en pro del denominado *interés del grupo*. En este sentido, la posibilidad de ocupar los órganos administrativos con personas jurídicas pertenecientes a la estructura

¹²¹ Éste es uno de los aspectos más problemáticos del management interino. KRIEGER, G., “Interim Manager im Vorstand der AG”, *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München C. H. Beck, 2013, pp. 711-732, en particular, p. 723.

¹²² Reconoce la preferencia de los gestores externos por esquivar la titularidad orgánica, PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 3.

¹²³ Véase *infra* Capítulo VI, X.3.2.1.

¹²⁴ Opinión comúnmente compartida por quienes se aproximan a la figura. En el Derecho belga, POTTIER, E., L'HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, *RDCB*, 4 (2005), pp. 311-355, en concreto, p. 314. En el Reino Unido, BAILEY, P., “BIS issues discussion paper on improving company transparency and trust”, *Co. L. N.*, 340 (2013), pp. 1-4, en particular, p. 3.

empresarial facilita la dirección unitaria, al permitir la implantación directa de la política del grupo en los órganos de las sociedades dependientes, prescindiendo de la mediación de personas físicas¹²⁵.

De esta forma, las directrices de la sociedad dominante son trasladadas directamente al órgano de administración de las dependientes en caso de órganos pluripersonales e impuestas automáticamente sin intermediación subjetiva en caso de administrador único¹²⁶. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la necesaria actuación por medio del representante (persona natural), en aquellos casos en que el ordenamiento así lo imponga. En el estadio actual de desarrollo del Derecho de grupos, la preservación de la personalidad jurídica de las sociedades dependientes como contrapeso al beneficio de la responsabilidad limitada conlleva una serie de consecuencias que no se ajustan necesariamente al funcionamiento real de la estructura empresarial. En efecto, las entidades dependientes deben mantener su estructura corporativa, aunque el grado de jerarquización sea tal que los titulares orgánicos de la administrada deban obedecer las instrucciones de la dominante.

La posibilidad de que esta función sea asumida por otra entidad del grupo posee ventajas desde el punto de vista estrictamente operativo, pero también anticipa algunas consecuencias en materia de responsabilidad. En el primer sentido, la institución estudiada puede aliviar los costes de organización y funcionamiento del órgano de administración de las dependientes (retribución de los administradores, convocatoria y celebración de las reuniones del órgano, flujos de información intragrupo), eliminando, además, cualquier vicisitud de

¹²⁵ RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland: Überlegungen de lege ferenda vor dem Hintergrund des französischen Rechts*, Diss. Universität des Saarlandes, 2006, p. 92. TEICHMANN, C., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 732.

¹²⁶ BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit., p. 643. En sentido similar, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 193.

orden personal, susceptible de afectar a la estructura empresarial. En materia de responsabilidad, la sociedad que ocupe la vocalía quedará sujeta a las obligaciones y al régimen de responsabilidad propio del cargo.

Por su parte, la presencia de personas jurídicas en el seno de los grupos de sociedades es objeto de muy distinta consideración desde diversas posiciones doctrinales. Desde una perspectiva, la presencia de sociedades del grupo en los órganos de administración de otras sociedades se percibe y valora positivamente por ofrecer transparencia sobre el esquema de poder de la estructura empresarial¹²⁷. Debe tenerse presente que el incremento de las exigencias informacionales sobre la estructura del grupo representa uno de los aspectos que, en el contexto europeo, se valora como mecanismo de atracción de la inversión, así como de tutela de terceros y acreedores¹²⁸. Esta apreciación puede verse reforzada si, además, es la propia sociedad dominante u otra sociedad patrimonialmente bien armada quien se coloca en la titularidad

¹²⁷ RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, cit., p. 282. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., pp. 640 y 641. SIMON, H. V., “Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften”, cit., p. 9. RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland*, cit., pp. 89 y 93. Desde una perspectiva no circunscrita a los grupos de empresas, en sentido similar, PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 5, quien se refiere a una “mayor verificabilidad desde el punto de vista económico y contable”. BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, cit. p. 1175. Este argumento sólo es válido en ordenamientos jurídicos que utilizan un criterio restrictivo para el reconocimiento de personalidad jurídica, pero no resulta extrapolable al caso español, donde este atributo se reconoce con gran amplitud (piénsese, por ejemplo, en las sociedades civiles).

¹²⁸ Así, aparece en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que contiene el Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas [COM/2012/0740 final]; TEICHMANN, C., “Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law”, *AG*, 6 (2013), pp. 184-197, en concreto, p. 188.

orgánica, asumiendo el riesgo derivado del régimen de responsabilidad civil anudado al cargo¹²⁹.

Sin embargo, el examen anterior ha puesto de manifiesto el grado de complejidad que pueden adquirir los antedichos esquemas. De ahí que, desde la perspectiva contraria se asocie la institución al incremento de la opacidad sobre la estructura empresarial¹³⁰. En todo caso, la oscuridad de los esquemas societarios puede ser valorada negativamente por parte de acreedores e inversores actuales o potenciales. A nuestro parecer, no es inherente al instituto el incremento de la transparencia o de la opacidad de la estructura del grupo, sino que ello depende de la forma en que se haga uso de la figura, así como de la información complementaria en la que se detalle la finalidad jurídico-económica del esquema, por ejemplo, en el informe anual de gobierno corporativo o, simplemente, en el informe de gestión de la compañía.

2.2.1. El administrador persona jurídica como presunción de control

La definición del grupo de empresas se construye a partir de las presunciones de control, contenidas en el artículo 42.1 Cdc. En dos de ellas, el supuesto de hecho normativo se refiere al nombramiento de los administradores sociales; el apartado b) relaciona el control con la facultad de

¹²⁹ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 207, pone también de manifiesto que ello revelará, en su caso, la existencia de participaciones recíprocas. Veía también facilidades operativas en el grupo a través de la eliminación de personas interpuestas, PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2949.

¹³⁰ FLEISCHER, H., “§76 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1017-1063, en concreto, p. 1055. *Ibidem*, “Leitungsaufgabe des Vorstands”, Mg. 76. Opinión secundada, recientemente, por GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, *NZG*, 15 (2016), pp. 566-568, en concreto, p. 567.

nombrar y cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración; en el apartado d) el control se asocia con la designación efectiva de la mayoría de sus miembros. En el primer caso, se deriva de la mera titularidad formal de tal prerrogativa, con independencia de que se haya ejercitado efectivamente. La facultad de nombrar a la mayoría está vinculada, a su vez, con la mayoría de los derechos de voto o de otros vínculos. En contraste, la segunda presunción valora el ejercicio efectivo de la facultad de ordenar la composición del órgano.

En la dogmática de los grupos de empresas, los vínculos de naturaleza personal entre las sociedades reciben un doble tratamiento. Por lo general, la selección de los titulares orgánicos en cada una de las personas jurídicas que componen el grupo viene precedida de la consecución del control a través de un vínculo real (accionarial) o de otra naturaleza. De este modo, el nombramiento potencial o efectivo de los administradores sociales raramente constituye un elemento autónomo de control, sino que aparece, generalmente, ligado al control del capital¹³¹. A pesar de ello, la administración de las sociedades controladas constituye un elemento presuntivo autónomo¹³². Aunque menos frecuente, también resulta dogmáticamente admisible el grupo de empresas de base estrictamente personalista, esto es, aquél cuya existencia descansa en la identidad de las personas responsables de la gestión en las entidades que lo integran¹³³. Si trasladamos las consideraciones anteriores al

¹³¹ CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, cit., p. 229. ANTUNES, J. A. E., *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit., pp. 78-79. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Madrid, Civitas, 2007, p. 52.

¹³² BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit, p. 643. ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *Estudios sobre la sociedad anónima*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 99-196, en concreto, p. 193.

¹³³ ANTUNES, J. A. E., *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, cit. pp. 78-79. CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, cit., p. 229. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed.,

administrador persona jurídica, resulta que, por lo general, esta figura se presentará acompañada de otros elementos antecedentes del control¹³⁴. En otros términos, será habitual que existan vínculos accionariales, directos o indirectos, entre la sociedad administrada y la persona jurídica administradora.

Cuando las presunciones de control se refieren a los administradores sociales *ex* artículo 42.1 Cdc, no se distingue según los sujetos en cuestión sean personas físicas o jurídicas. En tal sentido, de *lege data*, la presencia en el órgano de un administrador persona jurídica no merece una consideración especial a efectos de presumir que la sociedad en cuestión se encuentre sometida al control de la entidad que la gestiona. El poder de dirección que se atribuye a una persona jurídica por medio de su designación como administrador no debe identificarse con la noción jurídica de control *ex* artículo 42 Cdc. En otros términos, el reforzamiento material del control que puede lograrse colocando a una persona jurídica en la administración no recibe un tratamiento diferente por la norma. Esta aproximación prudente se justifica en dos principios, a saber, la variada fenomenología a la que puede responder la institución y, de otro lado, la equiparación entre los entes administradores y los titulares orgánicos que sean personas físicas. De este modo, como en el caso de personas físicas, el poder que el ente administrador concentre variará en función de la estructura que adopte el órgano de la sociedad administrada. Las presunciones *iuris tantum* de control se refieren a la facultad de designación o nombramiento efectivo de la *mayoría* de los miembros del órgano de administración, lo que puede derivarse del ejercicio del cargo por el propio titular del control. Como estrategia de política jurídica, la postura contraria desincentivaría el recurso a la administración societaria por personas jurídicas,

t. I, Madrid, Civitas, 2006, pp. 1469-1495, en concreto, p. 1477. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., p. 52.

¹³⁴ GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, Paris, Sirey, 1929, p. 187.

ante el temor de que su presencia determinara la calificación automática de la relación entre ambos entes como de dominio. Por consiguiente, tampoco de *lege ferenda* se perfila aconsejable otra solución. Con todo, será necesario atender a las circunstancias del caso, fundamentalmente, a la estructura administrativa, para concluir si el ente administrador ostenta la capacidad para ejercer una influencia dominante sobre la sociedad¹³⁵.

Al analizar el tratamiento de los administradores como presunciones de control, debe tenerse en cuenta el fenómeno del *interlocking*. La expresión hace referencia al carácter compartido de los administradores sociales o incluso del personal de alta dirección de las sociedades, como criterio para considerar que una entidad se encuentra sometida al control de la otra y, por consiguiente, entender que ambas se someten a la dirección unitaria que define el grupo. Se trata de una práctica habitual en los grupos de empresas, consistente en situar a las mismas personas, generalmente personas naturales, en los diferentes órganos de gestión y supervisión (en el caso de sistemas dualistas) de la sociedad, para garantizar la concentración del poder de decisión en un número reducido de personas¹³⁶. La figura del administrador compartido permite concentrar el poder-responsabilidad en determinados sujetos, generalmente, personas de confianza o incluso integrantes del núcleo de propiedad de la sociedad dominante. De esta forma, se ven reducidos los costes asociados a la

¹³⁵ Considera posible que exista control mediato de la sociedad comanditaria por acciones por parte de los socios del socio colectivo persona jurídica, EMMERICH, V., “§17. Abhängige und herrschende Unternehmen”, EMMERICH, V., HABERSACK, M., *Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar*, 5ª ed., München, C. H. Beck, 2007, pp. 38-57, en concreto, pp. 55-56. En relación con quien controla a la complementaria en la sociedad comanditaria por acciones, SCHMIDT, K., “Zehn Jahren GmbH & Co KgaA – Zurechnungs- und Durchgriffsprobleme nach BGHZ 134, 392”, *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, 2007, Köln, Otto Schmidt, 2007, pp. 691-712, en concreto, p. 698.

¹³⁶ BARZUZA, M., CURTIS, Q., “Board Interlocks and Corporate Governance”, *Del. J. Corp. L.*, 39-3 (2014-2015), pp. 699-702, en particular, p. 675. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Madrid, Civitas, 2007, p. 103.

duplicidad de órganos, que se verían agravados en caso de multiplicarse los centros de decisión compuestos por personas físicas¹³⁷, pero también los derivados de las situaciones personales (conflictos de interés personales, incapacidad o fallecimiento).

En el artículo 42.1.d) *in fine* la presunción basada en la efectiva designación de los administradores sociales se extiende a aquellos casos en que la mayoría de administradores de la sociedad sea, a su vez, miembro o directivo de otra sociedad del grupo. Así, el Código de Comercio entiende que se ha designado a la mayoría de los administradores cuando la mayoría de los miembros del órgano de la sociedad dependiente sea, a su vez, administrador de la matriz o de otra sociedad por ésta controlada y, por ende, integrante del grupo.

El *interlocking* se manifiesta en los grupos jerarquizados mediante la designación de los administradores de la matriz como altos directivos, administradores o miembros del consejo de vigilancia (en supuestos de sistema de administración dual) de las sociedades dependientes. En el caso de los grupos multinivel o de varios escalones los dobles mandatos pueden organizarse por peldaños, de forma que, en todo caso, las sociedades de escalones contiguos tengan un administrador compartido. Además, el administrador persona jurídica, así como el *interlocking* de personas jurídicas, se presentan como alternativos al *interlocking* de personas físicas, en el sentido de que permiten concentrar la administración en una o varias personas jurídicas (generalmente, sociedades de capital con responsabilidad limitada) para así evitar la acumulación de cargos orgánicos sobre personas naturales¹³⁸.

¹³⁷ También como mecanismo de centralización de la gestión del grupo, PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2950. GALLEGOS SÁNCHEZ, E., *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, cit., pp. 129-130.

¹³⁸ RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland*, cit., p. 92, valora

2.2.2. Posición del administrador persona jurídica en el grupo de empresas

Seguidamente, procede valorar la fenomenología del administrador persona jurídica en los grupos de empresas. Se trata de analizar diferentes constelaciones según la posición que una o varias personas jurídicas administradoras ostenten en el grupo de estructura jerárquica. En primer lugar, la propia sociedad dominante puede colocarse en la titularidad orgánica¹³⁹, aportando esta posibilidad las ventajas del control *directorial directo*. En tal caso, la titular del control se somete a los deberes y responsabilidades inherentes al cargo. Ello supone que los legitimados activos para el ejercicio de la acción de responsabilidad pueden exigir su responsabilidad por incumplimiento de los deberes propios del cargo, incluida aquélla derivada del incumplimiento de obligaciones específicas en la proximidad a la insolvencia (entre nosotros, art. 367 LSC). Esta posibilidad destaca en los ordenamientos que carecen de cauces formales de reclamación frente a la sociedad dominante. A la vez, la constancia registral del nombramiento ofrece publicidad sobre la estructura del grupo. Sin embargo, deben traerse a esta sede las consideraciones

especialmente la superación de los conflictos de interés. En la doctrina, se ha considerado que el *interlocking* favorece la influencia directa en la gestión social –así FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores...*, cit., p. 103.

¹³⁹ BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit, p. 643. Desde la perspectiva italiana, LIBONATI, B., *Holding e Investment Trust*, cit., p. 172-177 y CETRA, A., “La persona giuridica amministratore nelle società”, pp. 107-127, en concreto, pp. 109-110. En la doctrina alemana, han valorado esta posibilidad como una ventaja operativa, FLEISCHER, H., “Leitungsaufgabe des Vorstands”, Mg. 76. TEICHMANN, C., “Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 3 (2002), pp. 383-464, en particular, p. 455. GERMAIN, M. PÉRIN, P-L., *SAS. Société par actions simplifiée*, 5ª ed., Paris, Joly/Lextenso, 2013, p. 314.

efectuadas sobre el supuesto en que la sociedad *holding* administre a alguna de las participadas.

Una segunda constelación se refiere al supuesto en que sean las sociedades dependientes quienes ocupen el cargo en el órgano de administración de la sociedad matriz. De esta forma, si los activos empresariales se concentran primordialmente en la entidad dominante y son las sociedades dependientes quienes lo administran, se limitan las consecuencias negativas de orden patrimonial del primer supuesto¹⁴⁰. Pero, sobre todo, este esquema revela una forma distinta de ejercer la dirección unitaria, a través de la implicación de todas o varias de las dependientes en la gestión del propio grupo. Tal es así, que el supuesto puede plantear alguna duda en punto a la noción de perjuicio compensable en la teoría de las ventajas compensatorias. En efecto, si la sociedad dependiente forma parte del órgano de administración de la dominante o de otra entidad del grupo situada en un nivel superior de la que, formalmente, proceden las instrucciones potencialmente lesivas, serían adoptadas con intervención de éstas en el órgano de la matriz, para más tarde ser llevadas a la práctica en la sociedad afectada.

La tercera posibilidad consiste en atribuir la gestión de las sociedades del grupo a otras personas jurídicas que, generalmente, ocuparán posiciones o escalones intermedios en la estructura. A su vez, esta hipótesis admite dos constelaciones principales, según la función que las entidades asuman en el grupo. Si se trata de entidades con actividad operativa propia, no se plantean especiales diferencias con respecto al supuesto anterior, más allá de que esta posibilidad, en principio, no compromete la responsabilidad de la dependiente. Cuanto más alejado de la dominante o matriz se encuentre el escalón en el que

¹⁴⁰ BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit, p. 643.

aparece el administrador persona jurídica, menor será el riesgo de imputación directa de responsabilidad. En segundo lugar, cabe plantear que la administración de sociedades en niveles intermedios o inferiores del grupo sea asumida por entidades especializadas en la prestación de servicios a sus miembros¹⁴¹. El supuesto también es conocido en las estructuras de *holding* de integración empresarial, donde una sociedad participada se ocupa de la administración de las entidades del grupo¹⁴². Se trata, en definitiva, de trasladar la doctrina de los contratos de gestión empresarial al supuesto de hecho del administrador persona jurídica, de forma que la *service company* no aparecerá como una contraparte contractual, sino como administrador de entidades del grupo.

Aunque no existen hoy elementos normativos que permitan ilustrar este supuesto, se trata de las llamadas *management* o *service companies*; sociedades de tamaño pequeño y mediano integradas en un grupo cuya única actividad operativa propia consiste en la asistencia y soporte a las demás integrantes¹⁴³. Generalmente, por su función y posición en el grupo, se tratará de sociedades

¹⁴¹ Aplicación recurrente en la doctrina, LANZA, A. “*Società direttore di società*”, cit., p. 271. CETRA, A., “La persona giuridica amministratore nelle società”, cit., p. 110. KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft...*, cit., p. 53

¹⁴² LUTTER, M., “Die Entscheidung für die Holding und deren Entstehung”, LUTTER, M., BAYER, W. (eds.), *Holding-Hanbuch*, 5ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 1-25, en particular, pp. 9-10. BUHNER R., “Management-Holding in der Praxis. Eine empirische Untersuchung deutscher Unternehmen”, *DB*, 6 (1993), pp. 285-290, en concreto, p. 287.

¹⁴³ Aparecen en el FORUM EUROPAEUM ON COMPANY GROUPS, “Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe”, cit., p. 303 como una de las posibilidades para la instauración de un régimen simplificado para los grupos transfronterizos. El grupo de expertos no desarrolla la simplificación de su régimen, pero lo basa en tres requisitos, a saber, la mera prestación de funciones de asistencia; su condición de sociedad enteramente participada; la publicidad de su condición. Aunque formalmente distintas, una pauta en este sentido puede hallarse en las *dormant companies* recogidas la sección 1169 de la *Companies Act* de 2006. También éstas carecen de actividad operativa autónoma, pues no concluyen transacciones contables significativas, entendidas como operaciones que no se consignan necesariamente en la contabilidad social (*ex sec.* 1169(3) CA 2006). La utilidad del concepto es, fundamentalmente, contable, en tanto las *dormant companies* integradas en un grupo están exentas de presentar cuentas anuales (art. 394 A y B CA 2006).

íntegramente participadas por entidades en escalones superiores. Asimismo, pueden ser titulares de acciones o participaciones sociales de las entidades gestionadas o sólo mantener vínculos indirectos. Tales estructuras permiten a las sociedades del grupo beneficiarse de las sinergias derivadas de una administración profesionalizada y homogeneizada. Con ello, a su vez, se lograría reforzar la dirección unitaria¹⁴⁴. Dependiendo de la estructura y organización del grupo, es posible que se trate de una única entidad especializada que gestione todas las sociedades del grupo como administrador único o bien, que la actividad gestora se encuentre diversificada y atribuida a varias entidades que actúen conjuntamente (solidaria o mancomunadamente o incluso constituyendo un consejo de administración). En términos de seguridad jurídica, al integrar al gestor del grupo en la esfera orgánica de las sociedades, se elimina la necesidad de recurrir a contratos de gestión y, con ello, se soslayan los problemas de ilicitud contractual a ellos asociados¹⁴⁵. Sin embargo, los negocios jurídicos no societarios mantienen su atractivo al dificultar la imputación de responsabilidad civil a la sociedad administradora.

En este punto, resultan imaginables diversas constelaciones, según el reparto del capital de las sociedades dependientes, de las propias *service companies* y de los activos patrimoniales del grupo. Una alternativa es que el capital de las sociedades gestoras se reparta entre las sociedades dependientes administradas y que el control sea ejercido por la matriz por vía directorial, en ocasiones unida a mecanismos reales o simplemente contractuales¹⁴⁶.

¹⁴⁴ MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, cit., p. 446.

¹⁴⁵ Véase *supra* en este capítulo, II.1.3.2.

¹⁴⁶ Similar, BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit., p. 643.

2.3. Aplicación en sociedades de capital público

Es habitual que entes del sector público, ya sean entidades de Derecho público (administraciones públicas) o pertenecientes a la denominada administración instrumental, aparezcan ocupando vocalías en el órgano de administración de sociedades de capital de titularidad total o parcialmente pública. Esta práctica, relativamente generalizada en el tráfico actual, constituye uno de los argumentos históricamente manejados para justificar la licitud de la administración societaria por personas jurídicas, también entre entes de Derecho privado¹⁴⁷.

Esta cuestión entronca con un problema particular relativo a la participación de entes de Derecho público en sociedades de naturaleza mercantil. Y es que la doctrina administrativista tradicional ha defendido que las Administraciones públicas sólo pueden intervenir en sociedades en las que los socios no respondan personalmente por las deudas sociales, esto es, cuyos miembros gocen del atributo de la responsabilidad limitada¹⁴⁸. A pesar de ello, la técnica legislativa empleada en variedad de textos normativos en los que se regula esta cuestión es algo deficiente y no permite deducir con claridad la vigencia del

¹⁴⁷ GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., pp. 195-196, utiliza como argumento a favor de su admisión su arraigo como práctica de gobernanza en las entonces llamadas sociedades de economía mixta. También entre nosotros, rechazaba el anterior como argumento categórico por entender que en tales casos la Administración no era necesariamente el administrador, POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p.209. Más recientemente, encuentra en este campo aplicación de la figura PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2320. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2950. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 78. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 121-122.

¹⁴⁸PÉREZ MORENO, A., *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1969, p. 127. FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 75.

referido principio. Así se observa en el artículo 103 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. En él se permite que la gestión directa sea desarrollada a través de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, planteando la duda de si la referencia incluye la posición de socio comanditario en una sociedad comanditaria por acciones¹⁴⁹. Por su parte, para la gestión indirecta del servicio puede acudir a las formas de sociedad mercantil o cooperativa (art. 103.1 1 RDRL), pero se prevé expresamente que la responsabilidad de la entidad local se circunscriba a lo establecido en la escritura de constitución, sin resultar en ningún caso menor a la aportación (art. 104 RDRL).

Diferentes son los términos del artículo 85 *ter* 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que remite la gestión directa a través de sociedades mercantiles locales a alguna de las formas previstas en la Ley de Sociedades de Capital, lo que debe entenderse comprensivo de la sociedad comanditaria por acciones. Mayores dudas sugiere el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al permitir que la gestión a través de empresa mixta se realice bajo la forma de sociedad comanditaria –sin concretar si se refiere a una simple o por acciones-, anónima o de responsabilidad limitada (art. 103 RSCL). Una interpretación inspirada en el postulado doctrinal impondría la reducción teleológica de este último precepto, entendiendo que se refiere exclusivamente a la sociedad comanditaria por acciones, pero en ningún caso a su forma personalista simple, como tampoco resultaría posible escoger el tipo social de la colectiva. Pero, además, se haría necesario precisar que el capital público se coloca, en todo caso, en la posición

¹⁴⁹ Véase DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La sociedad privada municipal”, *REVL*, 1973 (1973), pp. 401-470, en concreto, p. 407.

de socio comanditario, sin posibilidad de asumir la condición de socio colectivo por ser éste personalmente responsable de las deudas sociales¹⁵⁰. La excepción la constituiría el artículo 89 del mismo cuerpo normativo, que permite articular la gestión directa a través de los tipos sociales de anónima y limitada, con exclusión, por tanto, de la sociedad comanditaria por acciones.

Del examen anterior resulta que la duda reside en si la forma comanditaria por acciones puede ser escogida. En la doctrina administrativista es más habitual que el tipo comanditario capitalista se rechace por requerir la concurrencia de, al menos, dos socios (uno colectivo y uno comanditario), que por asumir el primero responsabilidad por las deudas sociales. Ello a pesar de que en la doctrina mercantilista se ha sostenido la posible unipersonalidad de la sociedad comanditaria por acciones¹⁵¹. Sin embargo, en tanto existe prohibición de ocupar la condición del socio colectivo, la unipersonalidad sobrevinida en estos casos sí que conllevaría la eliminación del socio colectivo y, por tanto, la extinción. En efecto, en el caso de sociedades de titularidad exclusivamente pública en las que es tradicional que la administración matriz sea el socio único, quedaría descartada esta forma social. Restaría analizar el supuesto en que varios entes públicos participaran una sociedad mercantil, en cuyo caso el argumento anterior no sería suficiente para descartar la forma comanditaria. En tales casos, se hace necesario aplicar el criterio doctrinal de la prohibición de intervención en entidades con responsabilidad para el socio

¹⁵⁰ En el mismo sentido, en relación con entidades locales, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 122 y nota 7.

¹⁵¹ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)*, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII, Madrid, Civitas, 1992, pp. 85-86, siempre que subsista el socio colectivo. En general, sobre la unipersonalidad de las sociedades de capitular público, ALONSO UREBA, A., *La Sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid, Universidad Complutense, 1988, p. 159.

por deudas sociales. Sin embargo, debe tenerse presente que el modelo español de sociedad comanditaria por acciones no se configura sobre la existencia de dos clases de acciones, sino que la condición de colectivo constituye un complemento añadido.

El examen anterior permite concluir que una adecuada técnica legislativa pasaría por mencionar expresamente los tipos sociales elegibles, incluyendo la sociedad comanditaria por acciones para aquellos supuestos en que el capital no fuera exclusivamente de titularidad pública, generalmente coincidentes con la gestión indirecta del servicio público. En tales casos, podría contemplarse que el ente público sólo podrá asumir la condición de socio comanditario. No se ignora que, con esta interpretación se niega la posibilidad de que las personas jurídico-públicas sean administradoras de sociedades comanditarias por acciones. Se trata de un resultado que pondera el riesgo para el ente público de incurrir en responsabilidad por deudas sociales con las ventajas derivadas de la participación directa en la gestión de la sociedad.

El debate expuesto se encuentra en el trasfondo de una opinión relativamente extendida entre la doctrina societarista según la cual, si los entes públicos tienen vetado ocupar posiciones en la sociedad en las que respondan ilimitadamente por deudas sociales, tampoco podrán asumir la condición de administrador. Es cierto que la titularidad orgánica se somete a un estricto régimen de responsabilidad, que puede derivar en la asunción de las obligaciones sociales. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para equiparar la responsabilidad propia del cargo de administrador con la posición jurídica del socio que responde ilimitadamente por las deudas sociales. Ambas figuras conviven en la sociedad comanditaria (simple y por acciones) y esta identificación impone decantarse por afirmar que las personas jurídico-públicas sujetas a la reiterada limitación no podrán administrar sociedades

comanditarias por acciones. En cambio, ello no es predicable de las sociedades limitadas y anónimas, en las que el administrador no responde personal e ilimitadamente de las deudas sociales.

Su responsabilidad se fundamenta en el incumplimiento de deberes propios del cargo, causalmente conectados con un daño al patrimonio social o al de terceros. Por su parte, el régimen de responsabilidad por obligaciones sociales previsto para los administradores de estos tipos sociales es excepcional y se relaciona con incumplimientos especialmente graves de específicas obligaciones a cargo de los titulares del órgano en momentos de crisis empresarial. Por este motivo, no resulta en modo alguno equiparable a la responsabilidad solidaria por toda obligación social que pesa sobre los socios colectivos. Para completar la argumentación es posible acudir a un argumento analógico, extraído del artículo 24 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. En él se permite a las fundaciones participar en sociedades mercantiles de capital en las que *no se responda personalmente de las deudas sociales* (art. 24.2 LF)¹⁵² y esta previsión no es óbice para que las fundaciones sean designadas administradoras de sociedades de capital.

Las facilidades operativas expuestas en este capítulo resultan igualmente extrapolables a esta manifestación de la figura. A título ejemplificativo, la posibilidad de que la persona jurídica administrador cese y designe a su representante (persona natural) puede representar una ventaja en supuestos de cambios de signo político en el ente administrador y, especialmente, si éstos no coinciden temporalmente con la duración del mandato en la sociedad. Sin embargo, debe tenerse presente que el régimen jurídico-privado de la administración de sociedades de capital por personas jurídicas no encuentra

¹⁵² SOTILLO MARTÍ, A., “Art. 24. Actividades económicas”, OLAVARRÍA IGLESA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 639-662, en concreto, pp. 659 y 660, admite que la fundación ostente la condición de socio comanditario.

excepción en los casos en que el titular orgánico es un ente del sector público, ni siquiera si se trata de una entidad de Derecho público. De esta forma, también en tales casos se impone el nombramiento de un único representante que, de forma permanente, actúe en nombre de la persona jurídica administradora (*ex* art. 212 *bis* LSC y 143 RRM)¹⁵³, sin que la Administración pública goce de prerrogativas adicionales y diferentes a los entes de Derecho privado.

En este punto, las excepciones pueden venir impuestas, en su caso, por las disposiciones rectoras de cada forma especial de sociedad o por el régimen jurídico-público de las entidades intervinientes, pero no se produce derogación alguna del régimen jurídico-societario del administrador persona jurídica. Así, a título ejemplificativo, para las sociedades estatales, el artículo 180 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que el administrador queda exonerado de responsabilidad *ex* artículo 133 TRLSA 1989 (hoy art. 238 LSC), en caso de haber seguido diligentemente las instrucciones del Ministro de tutela de la sociedad, facultado para impartirlas de manera excepcional (art. 178.1 LPAP). Los presupuestos subjetivo (sociedades estatales) y objetivo (instrucciones excepcionalmente impartidas por el Ministro de tutela), a los que deberá sumarse la relación de causalidad entre la directriz de la autoridad administrativa y la lesión patrimonial a la sociedad, restringen notablemente el ámbito de aplicación de la disposición.

¹⁵³ Así, RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7871]. La asistencia de una persona natural distinta de la inscrita en el Registro Mercantil en representación de la persona jurídica consejero impide la inscripción el acuerdo del órgano. Sobre estas cuestiones, véase *infra* Capítulo VI, XII.3. Distinto sería el supuesto en que la normativa específica aplicable al ente de Derecho público estableciera una derogación de la regla societaria -BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de sociedades anónimas”, *RDM*, 99 (1966), pp. 267-290, en concreto, p. 269, como también entiende la RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864].

Por último, el recurso al administrador persona jurídica puede permitir una completa superposición de órganos que redunde en la reducción de costes derivados de la gestión administrativa. Así, del mismo modo que en las entidades íntegramente participadas por la Administración, la Junta general se identifica con el propio ente de Derecho público, también éste podría ocupar la titularidad orgánica como administrador único. Ello elimina la duplicidad de órganos, así como los problemas asociados con el funcionamiento de órganos de administración no unipersonales (v. gr., la convocatoria y constitución del órgano de administración). La figura estudiada puede igualmente ofrecer solución a la cuestión de la representación proporcional de los partidos políticos en sociedades de capital público. De este modo, al colocar a la entidad como titular del cargo, la deliberación se traslada al ente del sector público administrador, de forma que el representante permanente aparezca como un mero transmitente (mandatario o comisionista) de su voluntad a la sociedad de capital.

IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El administrador persona jurídica constituye una figura específica del Derecho de sociedades que presenta perfiles muy concretos. En efecto, requiere de la concurrencia simultánea de dos elementos, la personalidad jurídica del ente y el establecimiento de la vinculación orgánica con una sociedad. El vínculo orgánico sitúa a la persona jurídica en la titularidad del órgano de administración y, como resultado, impone brindar a los entes administradores el mismo tratamiento que si se tratara de personas físicas. Con su nombramiento, el ente aparece como titular de una relación de naturaleza orgánico-contractual que, en el ordenamiento jurídico español, puede

caracterizarse como de naturaleza dual. Sólo en relación con los cargos delegados puede predicarse la existencia de dos negocios jurídicos distintos (la delegación de facultades y el vínculo contractual). Este posicionamiento inicial tendrá relevantes implicaciones para el tratamiento posterior de la administración societaria en puestos de naturaleza delegada.

El instituto resulta plenamente compatible con dos de los principios capitales de la administración social. Por un lado, el carácter necesario del órgano administrativo no es óbice a la atribución del cargo a un ente jurídicamente autónomo. El consabido principio queda preservado, aunque la gestión compete a la esfera orgánica de la persona jurídica administrador, en tanto este último queda sometido al estatuto jurídico propio de su condición. Con ello, queda preservada la correlación entre poder y responsabilidad derivada del cargo. A su vez, el vínculo orgánico conserva su naturaleza *intuitus personae* cuando es concluido con una persona jurídica. En tales casos, el carácter personalísimo de la relación jurídica se determina en consideración a circunstancias objetivas, subjetivas y mixtas del propio ente.

El vínculo orgánico permite delimitar el instituto con respecto a otras figuras afines. En primer lugar, el administrador persona jurídica es un titular orgánico en nombre propio y no una mera facultad de nombramiento dominical. En tal medida, se desmarca de aquellos cauces a través de los que el Derecho de sociedades otorga a un socio, generalmente, una persona jurídica, especiales prerrogativas de nombramiento de administradores. En el mismo sentido, el administrador persona jurídica no debe ser confundido con el consejero dominical, pues ambas figuras responden a diferentes criterios de clasificación. Mientras que el primero se refiere a una cuestión de aptitud para ocupar el cargo, el segundo atiende a un criterio funcional o de reparto de poder en el seno del órgano.

La administración social a cargo de personas jurídicas presenta perfiles muy próximos a los llamados contratos de gestión empresarial o *management agreements*. Se trata de relaciones jurídicas en virtud de las cuales una parte asume tareas de gestión propias del objeto de su contraparte, generalmente, una persona jurídico-societaria. La categoría contractual responde a necesidades de externalización y profesionalización de la gestión, funciones en las que converge con las aplicaciones del administrador persona jurídica. Los contratos de gestión empresarial se presentan como alternativa en ordenamientos jurídicos en los que se prohíbe expresamente el instituto estudiado, como es el caso de Alemania. Sin embargo, el tipo contractual sugiere problemas de extracción de las competencias inderogables de los administradores que incrementan el riesgo de ilicitud por contrariedad a la norma societaria. En este aspecto, el contrato de gestión se diferencia claramente del instituto estudiado.

Por último, la figura linda con otros supuestos en los que una persona jurídica resulta beneficiaria de un apoderamiento voluntario otorgado por una sociedad de capital. Aparece así un director u apoderado general persona jurídica. En línea de principio, este segundo no queda sujeto al régimen de los administradores sociales y, en particular, al régimen especial previsto para los titulares que sean personas jurídicas. Por consiguiente, en el caso español, no queda obligado a designar un representante para el ejercicio del cargo. Excepcionalmente, el ente director general puede quedar sujeto a la responsabilidad propia de los administradores por aplicación del artículo 363.3 LSC.

El segundo elemento definitorio, la personalidad jurídica, también acota el instituto estudiado. Ello se debe a que excluye de la vocalía orgánica a aquellas entidades a las que su ley nacional no atribuye personalidad jurídica. Con todo, las vicisitudes de orden interno que afectan a la persona jurídica carecen de

relevancia en la norma societaria, aunque pueden condicionar la subsistencia del vínculo orgánico. Admitiendo la preferencia por un sistema de capacidad general, la administración societaria es una relación jurídica de naturaleza orgánico-contratual que puede ser suscrita por cualquier sujeto de derecho capaz, siempre que reúna los demás presupuestos. Por su parte, las relaciones entre el objeto de la persona jurídica administrador y el cargo sólo admiten un tratamiento *ex casu*. Por lo general, el desempeño del cargo posee una función instrumental a la ejecución del objeto, pero nada impide que constituya el propio objeto estatutario. Así, una persona jurídica puede ocupar el cargo con independencia de su condición de socio. Sin embargo, desde la perspectiva de su objeto, la condición de socio refuerza la compatibilidad del cargo con la actividad propia del ente administrador. Con todo, el cargo puede resultar compatible con el objeto del ente no socio, por ejemplo, por dedicarse la persona jurídica a la prestación profesional de servicios de gestión.

El juicio de instrumentalidad o compatibilidad con el objeto compete a los administradores o gestores de la persona jurídica. Éstos deberán formularlo con carácter previo a la aceptación del cargo, sin que el control registral deba indagar en las relaciones con el objeto. Desde que adquiere personalidad, un ente puede ocupar válidamente el cargo. Por consiguiente, son aptas las personas jurídicas en formación o irregulares, de forma que la ausencia de inscripción registral no es obstáculo a la formalización del vínculo. En principio, son también aptos los entes en fase de disolución, liquidación y concurso, salvando aquellos casos en los que el ente insolvente quede privado de capacidad para ejercer el comercio. A pesar de ello, en tales circunstancias, se perfila aconsejable informar, tanto a los miembros de la administradora, como a los socios de la administrada.

El administrador persona jurídica no se circunscribe a una cuestión de aptitud subjetiva para ocupar el cargo. También responde a una variedad de fines de política empresarial. Por un lado, el nombramiento de un ente gestor genera ciertos efectos jurídicos que pueden ser aprovechados por los operadores jurídicos con diferentes fines económicos. En primer lugar, las personas físicas quedan desvinculadas de la titularidad orgánica. Este afecto se asocia con la elusión de responsabilidad, pues favorece la interposición y dificulta su imputación. Sin embargo, también sugiere ventajas operativas al minimizar las vicisitudes propias de la vida humana que afecten a la permanencia en el cargo. El administrador persona jurídica favorece el desplazamiento y la ampliación del centro de decisión empresarial. Ello se debe a que las prerrogativas propias de la gestión social competen a la esfera orgánica del ente gestor. No obstante, el grado de extracción del poder de gestión depende de la forma que adopte el órgano de la sociedad administrada. Con ello se genera cierta superposición en las esferas jurídicas de ambas entidades. El efecto de multiplicación también incrementa los centros de imputación de responsabilidad, a partir de la introducción de los llamados gestores mediatos, pero también mediante la designación de una persona física representante, en los ordenamientos de influencia francesa.

La figura permite la creación de estructuras circulares o espirales que pueden plantear problemas de licitud, según los vínculos preexistentes entre el ente administrador y la administrada. En todo caso, deben excluirse aquellos esquemas en los que el riesgo derivado de la gestión de una sociedad de capital que normativamente compete a sus administradores recaiga sobre el propio patrimonio de la gestionada. Por último, la administración por persona jurídica incrementa el poder directorial de un ente sobre otro, reforzando el control.

Los efectos jurídicos que propicia el administrador persona jurídica poseen aplicaciones variadas en el tráfico. Puede ocurrir que la figura sea utilizada con la finalidad de externalizar la gestión empresarial y, a la vez, someter al gestor a un régimen fiduciario estricto. Igualmente posible es que responda a supuestos de interinidad en la gestión. La figura aparece de forma recurrente en los grupos de empresas, en los que facilita la gestión intragrupo. En línea de principio, el administrador persona jurídica recibe el mismo tratamiento que una persona física a efectos de las presunciones de control, contenidas en el artículo 42 Cdc. A pesar de ello, es posible que el reforzamiento del control propio del instituto constituya un indicio a favor de la existencia de un grupo. Cualquier entidad del grupo, con independencia de su posición en él, podría aparecer como administradora de una o varias sociedades de la estructura empresarial. Si fuera la sociedad dominante, las acciones de responsabilidad de los administradores facilitan la reclamación al ente situado en la cúspide del grupo. Si, en cambio, son las propias dependientes quienes intervienen en la gestión de la dominante, resulta que éstas participan en la adopción de decisiones potencialmente lesivas para sí mismas. Por su parte, cabe que las entidades del grupo sean administradas por entes especializados en la gestión empresarial, las llamadas *service companies*.

Las entidades de Derecho público pueden recurrir al instituto estudiado. No excluye esta posibilidad el hecho de que la mayoría de administraciones públicas se vean privadas de participar en sociedades en las que respondan personalmente de las obligaciones sociales. En este sentido, el cargo y las responsabilidades a él anudadas no deben ser equiparadas a la condición de socio ilimitadamente responsable

CAPÍTULO II - ESTRATEGIAS DE POLÍTICA JURÍDICA (I): EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN LEGISLADO

I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

Delimitados los perfiles de la institución, el presente capítulo aborda la administración de sociedades capitalistas por personas jurídicas como una decisión de política jurídica que compete al legislador en las diversas instancias, nacionales o supranacionales. Desde esta perspectiva, el sistema normativo no es sino la cristalización de una particular estrategia de política legislativa, resultado de la ponderación de una variedad de elementos que, a efectos del análisis, pueden ser clasificados en dos categorías principales. Históricamente, la gestación de cada modelo regulatorio se ha visto condicionada por una serie de postulados dogmáticos sobre los que puede, bien asentarse la admisión del administrador persona jurídica, bien, al contrario, hallarse un obstáculo a su reconocimiento legal. En segundo lugar, en el diseño regulatorio de la administración por personas jurídicas se toman en consideración elementos o argumentos de corte estrictamente operativo. Las aplicaciones y facilidades que el administrador persona jurídica introduce en la mecánica societaria han sido ya analizadas en el capítulo primero. En cambio, la tipificación de los riesgos asociados al empleo de este expediente plantea algunas dificultades adicionales. De un lado, cabe identificar una serie de desviaciones inherentes o inescindibles de la propia institución, que se plantean con independencia del modelo normativo acogido y que sólo pueden ser atajadas por medio de su prohibición. Son, fundamentalmente, aquéllas relacionados con la separación patrimonial derivada de la creación de un sujeto

de derecho distinto de sus integrantes (*entity shielding*), pero también de su frecuente combinación con el beneficio de la responsabilidad limitada (*affirmative asset partitioning*)¹⁵⁴. Se traducen, en definitiva, en problemas de imputación de responsabilidad, cuyo tratamiento presenta perfiles muy distintos de un sistema a otro, por lo que su estudio se reserva al capítulo siguiente.

Por otro lado, cada modelo normativo está ideado para controlar o reducir aquellos riesgos que se han advertido o manifestado en un concreto ordenamiento jurídico. Sin embargo, la originalidad de algunas soluciones comparadas y las divergencias persistentes en la legislación societaria de los Estados incluidos en el análisis explican que ciertos problemas no se hayan generalizado a otros sistemas. A la vez, en tanto las soluciones acogidas sean idénticas o muy semejantes (es el caso de Bélgica, Francia y España), comunes serán también las dificultades en la interpretación y aplicación del Derecho positivo. Atendida esta diversidad, se ha preferido abordar el análisis comparado respetando primero un orden diacrónico y siguiendo, después, un criterio sistemático. A tal efecto, se propone examinar la administración societaria por personas jurídicas a partir de la evolución histórica del debate sobre su licitud en Europa y, en este contexto, profundizar en las soluciones de ámbito supranacional europeo, para después indagar en las particularidades de una serie de modelos regulatorios nacionales. De este modo, podrá darse razón de la evolución y estado actual del panorama legislativo vigente hoy en una fracción más o menos significativa de la Europa occidental.

¹⁵⁴ Así, HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., SQUIRE, R., “Law and the rise of the firm”, *Harv. L. Rev.*, 119 (2005-2006), pp. 1333-1403, en concreto, p. 1337. HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., “The essential role of organizational law”, *Yale L. J.*, 110 (2000-2001), pp. 387-440, en concreto, p. 394.

El análisis aspira a continuar indagando en el fundamento de la institución (*administrador persona jurídica*), a partir de los razonamientos sobre los que, primero, la dogmática europea del siglo pasado y, después, los ordenamientos jurídicos nacionales han fundado su estrategia normativa. Ello debería contribuir a una mejor comprensión de las soluciones hoy vigentes, pero también de los problemas comunes a la institución analizada. El examen propuesto debería justificar la preferencia por una u otra alternativa regulatoria, por ejemplo, ante la necesidad de reflejar un concreto criterio de política jurídica en eventuales textos de ámbito europeo. Por último, la identificación de modelos próximos al vigente en España permitirá traer al estudio las experiencias comparadas, de forma que sus soluciones sirvan también como criterio hermenéutico en posteriores capítulos.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR PERSONAS JURÍDICAS

Bajo este epígrafe se propone prestar atención a la gestación del debate en el ámbito europeo, con el fin de presentar los argumentos que subyacen a los diferentes modelos normativos que serán posteriormente examinados.

1. El origen del debate sobre el *administrador persona jurídica* en Europa

La posibilidad de que una persona jurídica se ocupe de la administración de una sociedad capitalista comienza a plantearse en Europa a finales del siglo XIX, al hilo de los procesos de concentración empresarial experimentados en

el continente desde entonces y a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Como técnica de organización de la empresa, el Derecho de sociedades proporcionaba los cauces para la expansión e integración empresarial, a través de la constitución o la toma de participación en sociedades dependientes o filiales. En este marco, proliferaban en el tráfico las llamadas sociedades de sociedades (*sociétés de sociétés*), entidades constituidas y participadas con carácter exclusivo por otras personas jurídicas, generalmente, también privilegiadas con el beneficio de la responsabilidad limitada. Su licitud fue objeto de intenso debate en la doctrina societarista de la época, como una cuestión relativa a la capacidad de la persona jurídico-societaria para intervenir en el negocio fundacional¹⁵⁵. En el lado opuesto, aparecía así la sociedad *holding*, dedicada a la tenencia de acciones o participaciones de filiales¹⁵⁶. En el caso francés, la atribución de las facultades de gestión social a otra entidad se concibió como un mecanismo igualmente válido de concentración empresarial, especialmente ventajoso para la operativa de los grupos empresariales y, a la vez, como argumento favorable a la admisión de las *sociétés de sociétés*¹⁵⁷.

Semejantes fueron los términos del debate acogido por la dogmática alemana de principios del siglo XX. Sin embargo, regía en las sociedades anónimas francesas una regla de autorganicismo imperativo, desconocida en el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, en el propio *Handelsgesetzbuch* de

¹⁵⁵ HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, *Jour. Soc.*, 6-7-8 (1919), p. 160-200, en particular, p. 168. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., p. 189. En la doctrina española contemporánea puede verse, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 107.

¹⁵⁶ Por todos, sirva la referencia a LIBONATI, B., *Holding e investment trust*, cit., p. 15.

¹⁵⁷ En la doctrina francesa, HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, cit., p. 167. WAHL, A., “Une société peut-elle être gérante ou administrateur d’une autre société”, *Jour. Soc.*, 7 (1905), pp. 289-304, en concreto, p. 298. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., p. 189.

1897 y más tarde en la *Aktiengesetz* de 1937¹⁵⁸. Así, en el país galo, los estatutos debían establecer el número de acciones necesarias para responsabilizarse de la gestión de la compañía, mientras que cualquier sujeto podía ser miembro del *Vorstand* en la *Aktiengesellschaft*, con independencia de su condición de socio. Así se dispuso en los artículos 225 y 227 ADHGB, aunque la mención se omitió después en la *Aktiengesetz* de 1937 y en la vigente de 1965¹⁵⁹. En las *sociétés de sociétés* francesas, en ausencia de socios-personas físicas, era necesario admitir que la facultad de gestionar la sociedad no sólo podía, sino que debía corresponder a las personas jurídicas titulares del capital¹⁶⁰. En tales supuestos, la única alternativa al administrador persona jurídica era la transmisión del número de acciones necesarias en favor del candidato al órgano. Sin embargo, esta opción no resultaba conveniente cuando la totalidad del capital se concentraba en una sociedad *holding*, ya que exigiría transmitir cierto número de acciones en favor del designado, alterando el esquema de propiedad del grupo¹⁶¹. En cambio, nos parece que esta conclusión interpretativa era salvable en el caso alemán, pues, incluso si todos los socios eran personas jurídicas, siempre cabría encomendar la gestión de la compañía a un tercero.

¹⁵⁸ En el caso francés, la regla se contenía en el artículo 22 de la ley de 24 de julio de 1867 *sur les sociétés commerciales* y se mantuvo más tarde en la *Loi sur les sociétés commerciales* de 1966, desde donde pasó al *Code de commerce* hasta que fue derogada por la *Loi de modernisation de l'économie* núm. 2008-776, de 4 de agosto de 2008. Véase, GUYON, Y., *La société anonyme*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 40-41. Sobre la referida reforma, SAINTOURENS, B., “Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août de modernisation de l'économie”, *Rev. Soc.*, 3 (2008), pp. 477-492, en concreto, pp. 488-489.

¹⁵⁹ Con respecto al ADHGB, STAUB, H., *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Wien, Manziche, 1908, p. 768.

¹⁶⁰ WAHL, A., “Une société peut-elle être gérante ou administrateur d'une autre société”, cit., p. 297. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., p. 189.

¹⁶¹ WAHL, A., “Une société peut-elle être gérante ou administrateur d'une autre société”, cit., p. 301. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., pp. 192-193.

De esta forma, la diferencia regulatoria con respecto a Francia habría contribuido a forjar la prohibición de que las personas jurídicas integraran el órgano. Al contrario que en el ordenamiento galo, en Alemania, la prohibición no resultaba incompatible con las *sociétés de sociétés* y, por consiguiente, no suponía un obstáculo a la concentración empresarial mediante la creación de filiales. A pesar de las divergencias, en ambos ordenamientos se aceptaba que la administración podía concebirse como una prerrogativa del socio de intervenir en la gestión de la compañía, también si éste era una persona jurídica¹⁶².

Con tales antecedentes, el debate doctrinal sobre el administrador persona jurídica se desarrolla a lo largo del siglo XX en torno a tres grandes líneas de discusión, que coinciden con otros tantos grandes temas de la dogmática jurídica contemporánea, a saber, el sistema de capacidad de la persona jurídica, la teoría organicista y la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los dos primeros aparecen íntimamente ligados, al servir la concepción orgánica como fundamento a la plena capacidad de la persona jurídica para intervenir, tanto en la constitución, como en la gestión de una sociedad¹⁶³. Así, admitiendo que, en todo caso, la persona jurídica actuaría a

¹⁶² MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg zum 30. März 1926*, Weicher, Leipzig, 1927, pp. 45-73, en concreto, p. 51. HOENIGER, H., “Eine Juristische Person kann Liquidator einer Gesellschaft oder einer anderen juristischen Person sein”, *JW*, 21 (1925), pp. 2338-2339. El argumento ha sido recogido en la doctrina contemporánea. Así, MARTUCCI, K., “L’ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese...”; cit., p. 376. Entre nosotros, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953, p. 165. MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, cit., p. 730.

¹⁶³ Enunciado, en primer lugar, por VON GIERKE, O., *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, p. 683. HOENIGER, H., “Eine Juristische Person kann Liquidator einer Gesellschaft oder einer anderen juristischen Person sein”, cit., p. 2338. MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, cit., p. 55. En el consejo de vigilancia, centrándose

través de personas físicas, nada impedía que, también en la *Aktiengesellschaft*, el cargo fuera desempeñado a través de los gestores de la persona jurídica miembro del *Vorstand*, como órgano secundario (*sekundärer Organ*)¹⁶⁴.

En contraste, la necesaria independencia de los miembros del núcleo directivo, traducida en el principio de responsabilidad personal del cargo (hoy, todavía en el §76 Ab.1 AktG) se erigió en argumento fundamental en contra de la figura¹⁶⁵. De hecho, junto al arraigo histórico de la prohibición en el Derecho de sociedades de capital, éste parece, todavía hoy, el principal obstáculo advertido por la doctrina contemporánea¹⁶⁶. Junto a ello, la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas en el ejercicio del cargo apoyaba la tesis contraria a la admisión¹⁶⁷. En el mismo sentido apuntaban las

especialmente en la representación de las entidades financieras, SIMON, H. V., “Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften, cit., p. 7. En la doctrina contemporánea, recogen los anteriores postulados, BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 15. RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland...*, cit., p. 41; KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft...*, cit., p. 39. FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 17.

¹⁶⁴ MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, cit., p. 55.

¹⁶⁵ Así lo manifiesta desde una posición favorable, MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, cit., p. 56. Por su parte, STAUB, H., *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Wien, Manziche, 1908, p. 750, rechazaba el nombramiento de personas jurídicas como miembros del consejo de vigilancia porque, en tal caso, el ejercicio del cargo recaería sobre sus propios representantes, desconocidos por la sociedad en el momento de operar la designación.

¹⁶⁶ FLEISCHER, H., “Leitung der Vorstands”, FLEISCHER, H. (ed.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, C. H. Beck, 2006, pp. 1-38, en concreto, p. 32. Utilizan este principio como argumento en contra ULMER, P., “§ 6 GmbHG”, *GmbHG Grosskommentar Hacheburg*, 8ª ed., vol I, De Gruyter, Berlin/New York, 1992, pp. 364-374, en concreto, p. 367; PAEFGEN, W. G., “§ 6 GmbHG”, ULMER, P., HABERSACK, M., LÖBBE, M. (eds.), *GmbHG Großkommentar*, 2ª ed., vol. I, München, C. H. Beck, 2013, pp. 851-919, en particular, 861; KORT, M., “§ 76 AktG”, cit., p. 207; GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, cit., p. 567.

¹⁶⁷ HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, cit., p. 168. Trayendo el argumento del debate histórico alemán, FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 17.

dificultades de aplicación de las normas societarias, generalmente dirigidas a personas físicas y, por ende, a menudo, no extrapolables a personas jurídicas¹⁶⁸. La toma de postura en las legislaciones nacionales se consolidará en la segunda década del siglo XX.

2. Justificación del carácter exclusivamente europeo del debate

El debate dogmático experimentado en Europa no se ha reproducido en el caso estadounidense, donde no existe un criterio homogéneo entre las diferentes jurisdicciones estatales sobre la posibilidad de que sujetos distintos de las personas naturales sean designados *directors*. A pesar de ello, el criterio prohibitivo ha sido acogido por la sección 141(b) de la *Delaware General Corporation Law*, en la que se especifica que todos los administradores deben ser personas naturales. Por su parte, la *Model Business Corporation Act* utiliza la expresión *individuals* al enunciar los requisitos sobre la elección y el número de administradores (§8.03(a) MBCA), noción que se identifica con la de persona física (individuo), excluyendo a los entes como miembros del *board*¹⁶⁹. Tras la prohibición o el silencio no subyace una discusión equiparable a la vivida en Europa a lo largo del siglo pasado, lo que puede estar relacionado con la diferente aproximación al sistema de gobernanza societaria en el modelo

¹⁶⁸ RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland...*, cit., p. 44.

¹⁶⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Business Corporation Act Annotated*, 4ª ed., vol. II, Chicago, American Bar Association, 2013, Mg. 8-35-8-41; idéntica referencia se contiene en el § 2.02(b)(1) MBCA, relativo al contenido de los estatutos fundacionales. Interpretando el término *individuals* en este sentido, GEVURTZ, F. A., *Corporation Law*, 2ª ed., West, St. Paul, 2000, p. 186; desde el análisis comparado, FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 21. Por su parte, CHAMBOULIVE, J., *La direction des sociétés par actions aux États-Unis d’Amérique*, Paris, Sirey, 1964, p. 30 consideraba admisible el nombramiento de personas jurídicas, sin perjuicio de las disposiciones legales o estatutarias existentes en sentido contrario.

trasatlántico. En primer lugar, en Estados Unidos, es infrecuente que las legislaciones societarias estatales impongan requisitos para el nombramiento de los *directors*, de modo que no se ha desarrollado en este país una disciplina sobre la aptitud (condiciones subjetivas, prohibiciones, incompatibilidades) de los administradores para acceder al cargo, al contrario que en los ordenamientos europeos¹⁷⁰. Por otro lado, los llamados *management agreements* permiten obtener similares efectos a los que proporciona el administrador persona jurídica en los modelos continentales¹⁷¹.

3. El administrador persona jurídica en el contexto europeo actual

En el estadio actual de desarrollo del Derecho europeo de sociedades, el régimen jurídico de la administración societaria se mantiene, con contadas excepciones, en el ámbito competencial de cada Estado miembro. Esta realidad es consecuencia del abandono de la Propuesta de Quinta Directiva basada en el artículo 54, párrafo 3, letra g) del Tratado de Roma, relativa a la estructura de las Sociedades Anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos. El texto acogió y reguló la administración societaria por personas jurídicas, aunque su reconocimiento dependía, en cada caso, del criterio del Estado miembro correspondiente. Para el sistema dualista, la Propuesta Modificada de Quinta Directiva excluía a las personas jurídicas del órgano de dirección (art. 5.1 PMQD) y remitía a la legislación nacional la admisión de las personas jurídicas como miembros del consejo de vigilancia (art. 5.2 PMQD). En este

¹⁷⁰ Así, BAINBRIDGE, S. M., *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002, p. 214, aunque pone de manifiesto la tendencia reciente de los estatutos a exigir que los *directors* sean también socios de la compañía (p. 217); También GEVURTZ, F. A., *Corporation Law*, cit., p. 186.

¹⁷¹ Véase *infra* Capítulo I, II.1.3.2.

segundo caso, si el ordenamiento nacional del Estado miembro aceptaba la designación de personas jurídicas, el texto proyectado imponía el nombramiento de un representante permanente, a quien se sometía a idénticos deberes y responsabilidad que si ocupara la vocalía orgánica en nombre propio, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del ente administrador.

En el caso del sistema monista, la Propuesta Modificada era contraria a que las personas jurídicas fueran miembros gerentes del órgano de administración (art. 21 k) 1 PMQD). Para los no gerentes, se remitía al Derecho nacional aplicable en los mismos términos que para los miembros del consejo de vigilancia (art. 21 k) 2 PMQD). Ante el fracaso del proyecto, la progresiva convergencia en el diseño orgánico de las sociedades europeas no ha incidido sobre los condicionantes de tipo subjetivo para ocupar el cargo de administrador. De este modo, la atribución del cargo a personas jurídicas depende todavía hoy del criterio acogido por cada legislación societaria nacional.

Por su parte, las sucesivas propuestas de creación de un estatuto para la sociedad anónima europea adoptaron criterios diferentes con respecto a la figura que nos ocupa, debatiéndose entre la prohibición absoluta, inspirada en el ejemplo alemán, y la opción por un sistema de corte francés, basado en la existencia de un solo representante permanente¹⁷². La Propuesta de Reglamento de 1989 estableció la posibilidad de que los estatutos sociales contemplaran la administración a cargo de una persona jurídica o una sociedad¹⁷³. En tales casos, se imponía la designación de un representante

¹⁷² La *Proposition de règlement (CEE) du Conseil portant statut de la société anonyme européenne*, DOCE C 124, 10 de octubre de 1970 reproducía la solución propia de Alemania, estableciendo que sólo las personas físicas podrían ser miembros del *directoire* (art. 63.2) y del consejo de vigilancia (art. 74.2).

¹⁷³ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea [COM(89) 268 final - SYN 218], DOCE C 263/41, de 16 de octubre de 1989. Ya en

persona física, sometido a las mismas condiciones y obligaciones que si fuera personalmente miembro del órgano, así como idénticos requisitos de publicidad. La persona jurídica o sociedad administradora sería solidaria e indefinidamente responsable por las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil de su representante. La versión finalmente aprobada del Reglamento acogió un régimen similar al anterior, aunque suprimiendo la previsión relativa al régimen de responsabilidad (art. 47.1 RESE)¹⁷⁴.

3.1. El administrador persona jurídica como factor de competencia regulatoria

En este contexto, la institución estudiada puede ser enmarcada en el debate sobre la competencia regulatoria entre los Estados miembros, iniciado con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de establecimiento y avivado por la aparición de tipos sociales europeos y, en particular, de la sociedad anónima europea¹⁷⁵. Como es sabido, el sistema de fuentes del 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) se basa en la aplicación supletoria del Derecho nacional del

esta versión RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., “Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas del Estatuto de Sociedades Anónima Europea y Quinta Directiva”, *RGD*, 577-578 (1992), pp. 10177-10223, en concreto, p. 10204.

¹⁷⁴ Sobre el régimen particular de la sociedad anónima europea, véase *infra* Capítulo IV, IV.3.4.

¹⁷⁵ La literatura sobre la competencia regulatoria en Europea es extensa, por lo que, a los efectos del estudio, sirva como referencia GELTER, M., “The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law”, *JCLS*, 5-2 (2005), pp. 247-284, especialmente, pp. 278-280; ENRIQUES, L., GELTER, M., “Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection”, *EBOR*, 1 (2006), pp. 417-453, en concreto, pp. 419-422. Desde la perspectiva estadounidense, ROMANO, R., “The State Competition Debate in Corporate Law”, *Cardozo L. Rev.*, 8 (1986-1987), pp. 709-757, en especial, pp. 752-757.

Estado del domicilio (art. 9.1.c). ii) RESE). Asimismo, rige un principio de igualdad de trato, que impide someter a la sociedad anónima europea a normas menos favorables de las aplicables a los tipos puramente nacionales (art. 10 RESE). Como consecuencia de ello, la doctrina advirtió un posible efecto competitivo entre los Estados miembros, quienes verían en el Reglamento una oportunidad para flexibilizar sus respectivos tipos de sociedad anónima, incentivando así el registro de sociedades anónimas europeas¹⁷⁶. Esta tendencia era más probable en países con modelos especialmente rígidos de sociedad anónima, como Alemania, que incorpora un sistema de administración dual obligatorio con participación de los trabajadores en el consejo de vigilancia (*Mitbestimmung*) y mantiene un intenso aislamiento del *Vorstand* (*board isolation*) con un nivel bajo de participación accionarial¹⁷⁷. A la vez, en algunos casos, se anticipaba cierta competencia entre el tipo estrictamente nacional y la sociedad europea, si los legisladores de cada Estado miembro optaban por una regulación más laxa para la segunda, en aquellos casos en que fuera necesario legislar *ex novo*¹⁷⁸. Así podría ocurrir en los Estados que carecieran de normas reguladoras de cualquiera de los dos modelos de administración (monista o dual), cuya incorporación exigía el Reglamento (*ex arts. 39.5 y 43.4 y RESE*). Pero también podría propiciarse este efecto si el principio de no discriminación se interpreta en el sentido de que los Estados miembros puedan adoptar soluciones que incrementen la competitividad de las sociedades anónimas europeas domiciliadas en su territorio.

¹⁷⁶ DAVIES, P. L., *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 7ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 26.

¹⁷⁷ KÜBLER, F., “Leistungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts”, *ZHR*, 167 (2003), pp. 222-234, en particular, pp. 229-231.

¹⁷⁸ TEICHMANN, C., “Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft”, cit., p. 401. KÜBLER, F., “Leistungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts”, cit., pp. 229-231.

La posibilidad de nombrar administradores a personas jurídicas era una de las cuestiones sobre las que los Estados miembros presentaban soluciones divergentes y, por consiguiente, susceptible de incentivar la competitividad de los tipos¹⁷⁹. Así, en el caso alemán, los autores advirtieron la posibilidad de flexibilizar su modelo a partir de la admisión de la figura, prohibida *ex* §76 Ab. 3 AktG. Para ello cabría, bien acogerla en el modelo de sociedad anónima europea monista domiciliada en Alemania, bien modificar la regla general de la *Aktiengesetz*¹⁸⁰. De esta forma, el RESE reabrió el debate sobre la posibilidad de un cambio de criterio normativo, sobre todo, ante las aplicaciones de la institución en los grupos de empresas o como instituto atractivo a la inversión. En este sentido, se vio en la figura una facilidad operativa adicional para las estructuras empresariales que operan de manera transfronteriza: cuando matriz y dependiente se encuentran domiciliadas en Estados distintos, la gestión podría trasladarse a la sede social del ente administrador¹⁸¹. En Italia, el artículo 47.1 RESE se utilizó como argumento favorable a la admisión de la figura ante el silencio del *codice civile* y, de hecho, hoy, la solución mayoritaria propone la extensión por analogía del régimen del Reglamento europeo a los tipos estrictamente nacionales¹⁸². Sin embargo, el debate sobre la correcta interpretación del Reglamento a efectos de incorporar al ordenamiento nacional

¹⁷⁹ FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 21. SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg .3.

¹⁸⁰ Así, por ejemplo, RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland*, cit., pp. 37-38 ve en la posibilidad de instituir un régimen nacional basado en el nombramiento de un representante permanente un factor de competitividad de la SE.

¹⁸¹ Próximo, BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit., p. 645.

¹⁸² Emplea el artículo 47.1 RESE como argumento favorable, RESCIO, G. A., “La Società Europea: tra diritto comunitario e diritto nazionale”, *Riv. Soc.*, 5 (2003), pp. 965-994, en particular, p. 973 y nota 15.

reglas relativas al sistema monista o dualista no condujo a un cambio de posición en el caso alemán ni tampoco llevó al legislador italiano incluir una solución permisiva expresa.

Lo cierto es que el continente europeo parece no reunir las condiciones necesarias para que se produzca el denominado *efecto Delaware*, que tampoco se acentuó como consecuencia del Reglamento¹⁸³. Si se acepta que la competencia regulatoria favorece la innovación en el Derecho de sociedades¹⁸⁴, el hecho de que el ordenamiento jurídico alemán optara por atenerse a la solución prohibitiva representa un indicio de que el Reglamento europeo no generó los incentivos necesarios para favorecer la flexibilización en esta materia.

3.2. Perspectivas en el ámbito europeo

Como en el caso de la sociedad anónima europea, las sucesivas propuestas para la creación de un tipo de sociedad cerrada auténticamente europeo lidiaron con la cuestión de la aptitud de las personas físicas para gestionar la sociedad. Enormemente influenciada por el ejemplo de la sociedad por acciones simplificada francesa, cuya regulación se había aprobado apenas unos años antes, la Propuesta para una sociedad cerrada europea de 1997 acogió la solución permisiva. Siguiendo el modelo de la SAS, el texto europeo prescindía del representante permanente y extendía los deberes y responsabilidad de los administradores a los propios gestores de la persona jurídica¹⁸⁵. Sin embargo,

¹⁸³ McCAHERY, J. A., VERMEULEN, E. P. M., “Does the European Company Prevent the Delaware Effect?”, *ELJ*, 11-6 (2005), pp. 785-801, en particular, p. 798.

¹⁸⁴ ROMANO, R., “Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance?”, *Oxf. Rev. Econ. Pol.*, 21-2 (2005), pp. 212-231, en concreto, p. 216.

¹⁸⁵ ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad cerrada europea: ¿Figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *RdS*, 13 (1999), pp. 163-171, en concreto, p. 169.

el texto sufrió un giro en la versión de la Propuesta de Reglamento del Consejo, de 25 de junio de 2008, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, cuyo artículo 30.1 establecía que sólo podrían ser administradores las personas físicas¹⁸⁶. Aunque la prohibición contrasta con la vocación de flexibilidad de aquel tipo, puede comprenderse si se tienen en cuenta los obstáculos a los que se enfrentó el proyecto y que condujeron a una simplificación de la regulación propuesta¹⁸⁷.

Similar ha sido el tratamiento de la figura en el caso de la proyectada *Societas Unius Personae*. Originariamente, la Propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada establecía que los administradores serían personas físicas o jurídicas, siempre que así lo permitiera la legislación nacional aplicable (art. 22.4 PSUP)¹⁸⁸. Sin embargo y, a diferencia del RESE, no se preveía la designación de un representante persona física¹⁸⁹. La referencia expresa al administrador persona jurídica ha desaparecido en el texto de consenso, que sustituye a la propuesta original¹⁹⁰. En el proyecto actual, el apartado tercero del artículo 22 establece que aquellas personas a las que la ley o una decisión judicial o administrativa en el Estado

¹⁸⁶ Bruselas, 25.06.2008, COM(2008), 396 final.

¹⁸⁷ BOQUERA MATARREDONA, J., LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *RdS*, 33 (2009), pp. 97-128, en concreto, p. 122. Crítico con la restricción a la autonomía de la voluntad, VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, *RDM*, 270 (2008), pp. 1331-1392, en concreto, p. 379. Sobre la caracterización flexible del tipo, ALONSO ESPINOSA, F. J., “Sociedad Privada Europea: Notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, PILOÑETA ALONSO, L. M., IRIBARREN BLANCO, M., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 65-84, en concreto, p. 79. MARTÍN ROMERO, J. C., “La Sociedad Privada Europea: aproximación a una propuesta de reglamento comunitario”, *RJN*, 69 (2009), pp. 225-248, en concreto, p. 246.

¹⁸⁸ Bruselas, 9.4.2014, COM(2014) 212 final.

¹⁸⁹ Proponiendo la enmienda en este sentido, LUCINI MATEO, A., “En torno al Proyecto de Directiva Europea sobre la Sociedad Limitada Unipersonal (SUP) presentado por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014”, *La Ley Mercantil*, 10 (2015), pp. 1-9, en concreto, p. 8.

¹⁹⁰ Bruselas, 21 de mayo de 2015, (OR. en), 8811/15, LIMITE,DRS 39, CODEC 706.

de registro lo impida, no podrán ocupar el puesto de miembro del órgano de dirección o, de existir, del consejo de vigilancia en la SUP. Por lo que respecta a su sistema de fuentes, el texto de consenso alcanzado a fecha de 28 de mayo de 2015 establece que la SUP se regirá por las normas aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada de cada Estado miembro. De este modo, la admisión del administrador persona jurídica se mantiene a criterio del legislador nacional.

Desaparecida la mención expresa al instituto, cabe pensar que la Propuesta no sea capaz de reanimar el debate sobre una posible flexibilización de la prohibición en países como Alemania¹⁹¹. Con todo, el tipo merece cierta consideración por la virtualidad que está llamado a tener en la articulación de grupos de sociedades, especialmente, a escala transfronteriza europea¹⁹². El esquema organizativo de la SUP es adecuado para que la sociedad dominante u otra sociedad del grupo se coloque como socio único (art. 8 y Considerando 11 del texto transaccional). En efecto, la Propuesta original contenía una disposición relativa a las instrucciones del socio único (art. 23 PSUP), orientada a facilitar la operativa del grupo (Considerando 23 del texto original)¹⁹³. A la vez, entre las normas relativas a la administración, se introdujo una definición de administrador oculto a la que se acompañaba la

¹⁹¹ Implícitamente, ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae* (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *AAMN*, 55 (2015), pp. 105-164, en concreto, p. 159.

¹⁹² BAUER, J., WELLER, P., “Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via *Societas Unius Personae*”, *ZeUP*, 1 (2015), pp. 6-31, en particular, p. 28. TEICHMANN, C., “Einsatzmöglichkeiten der *Societas Unius Personae* (SUP)”, LUTTER, M., KOCH, J. (eds.), *Societas Unius Personae (SUP)*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2015, pp. 37-64, en concreto, pp. 48-51. MONTALENTI, P., “Il diritto societario dai *tipi ai modelli*”, *Giur. Comm.*, 4 (2016), pp. 420 y ss, en concreto, Mg. 17.

¹⁹³ CONAC, P-H., “The *Societas Unius Personae* (SUP): A *Passport* for Job Creation and Growth”, *ECFR*, 12-2 (2015), pp. 139-176, en concreto, pp. 160-163.

excepción propia de la sección 271(b) de la *Companies Act* de 2006, según la cual el seguimiento del asesoramiento profesional no convierte al asesor en administrador de hecho (art. 23.7 PSUP). La conjunción de ambos preceptos sugiere que, en tanto el socio único de la SUP sea una persona jurídica legitimada para impartir instrucciones a los administradores de la SUP, la institución del administrador de hecho tendería a ser aplicada sobre personas jurídicas. Aunque tanto las instrucciones del socio único, como la cláusula relativa al administrador oculto han desaparecido del texto transaccional, su consideración por el legislador europeo merece atención en el capítulo siguiente.

III. PRINCIPALES MODELOS NORMATIVOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA POR PERSONAS JURÍDICAS

La discusión dogmática desarrollada desde las últimas décadas del siglo XIX, culmina en el acogimiento de un concreto criterio de política jurídica por parte del Derecho de sociedades de capital de cada ordenamiento nacional. En línea de principio, atendidos los términos del debate, se trata de optar entre la admisión o el rechazo de la institución, a través de su plasmación en la normativa societaria. Sin embargo, el reconocimiento o prohibición por vía legislativa no agota necesariamente su régimen y, por tal razón, se propone indagar en una serie de modelos normativos que se consideran representativos del panorama europeo. Entre los ordenamientos que reconocen la institución se incluyen Bélgica, España, Francia, Italia y tradicionalmente, el Reino Unido. Sin embargo, este último ordenamiento sustituyó el criterio permisivo, antes contenido en la sección 155 de la *Companies Act* de 2006, por la prohibición expresa que se recoge hoy en la sección 156 A, en los términos que se exponen

más adelante. Del lado de la prohibición resulta paradigmático el caso alemán, si bien la solución negativa recogida en el §76 Ab. 3 AktG y § 6 Ab 2 GmbHG resulta inaplicable a las sociedades comanditarias por acciones (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*).

En este sentido, la clasificación propuesta debe ser acogida con cautela, ya que, al adscribir cada ordenamiento jurídico a uno u otro bloque (admisión o prohibición), se ha prestado atención al criterio normativo imperante o generalmente aplicable a las sociedades capitalistas en el concreto país. Ello no obstante, la respuesta normativa no siempre es homogénea en todos los tipos sociales de esta naturaleza, sino que, en ciertos ordenamientos, algunos de ellos presentan una respuesta normativa divergente.

1. Modelos de admisión del administrador persona jurídica

Bajo este epígrafe se exploran las alternativas regulatorias favorables a la administración societaria a cargo de personas jurídicas. Si el modelo normativo es el resultado de la ponderación de los riesgos inherentes a la figura con la libertad de organización de la empresa social, lo cierto es que todos los ordenamientos aquí analizados han optado por limitar los primeros imponiendo algún requisito adicional. Se trata de medidas orientadas a reforzar la tutela de quienes se relacionan con la sociedad y su administrador persona jurídica. Éstas consisten, bien en requerir la identificación de personas físicas (es el caso de Bélgica, España, Francia y, hasta el año 2015, el Reino Unido), bien en permitir el desempeño del cargo a través de los órganos de la persona jurídica (éste es el caso de las comanditarias por acciones alemanas o de la *société par actions simplifiée* francesa).

1.1. La necesaria concurrencia de personas naturales

Como se ha visto en el capítulo anterior, uno de los principales inconvenientes asociados a la administración por personas jurídicas es el riesgo de multiplicación de los centros de dirección de la empresa y, por consiguiente, de potenciales núcleos de imputación de la responsabilidad. Ello se debe a que el poder de dirección asociado a la función de administrador o, al menos, la parte correspondiente a una vocalía orgánica, se atribuye a un ente colectivo y, por tanto, es ejercido por las personas físicas que componen sus órganos¹⁹⁴. La identificación de las personas facultadas para actuar en el tráfico en nombre del ente administrador resultará problemática para los terceros, que verán su posición jurídica erosionada ante posibles problemas de representación del ente gestor. Un problema similar se planteará en caso de derivarse responsabilidad por el ejercicio del cargo, imponiendo al tercero los costes de identificación de las concretas personas físicas intervinientes en el acto u omisión lesiva. En esta línea se enmarcan las soluciones acogidas por la mayoría de ordenamientos comparados incluidos en el análisis, aunque cabe distinguir, a su vez, dos modelos.

Por un lado, Bélgica, España y Francia han construido su régimen imponiendo al ente gestor la designación de una sola persona física encargada del desempeño del cargo, al que generalmente se denomina representante permanente (arts. L.225-20, *Ccomm*, 61 *Cds*, 212 *bis* LSC). De esta forma, se ha institucionalizado en los tres ordenamientos societarios un *tertium genus*, un sujeto carente de vinculación orgánica con la sociedad administrada, a quien, sin embargo, se somete a un estatuto jurídico asimilado al de los gestores titulares. Por su parte, el Reino Unido prefirió atajar los problemas de

¹⁹⁴ Sobre este efecto, en detalle, véase *supra* Capítulo I, III.1.2.

identificación asociados a la figura mediante la exigencia de que, al menos, uno de los administradores fuera una persona física (ex sec. 155 CA 2006). Se trata de una solución pragmática basada en la prohibición de que las personas jurídicas sean el único administrador, tanto en la *private* como en la *public company*.

Si bien en estos modelos se advierte una preocupación común de los legisladores por favorecer la identificación, situando a una persona física como centro de imputación de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo, la ratio de cada estrategia normativa difiere. En efecto, cuando la técnica empleada es la exigencia mínima de un administrador persona física, se facilita la imputabilidad de las acciones y omisiones del *board* como órgano, sobre la base del principio de responsabilidad solidaria (en nuestro caso, art. 237 LSC). En contraste, los sistemas basados en el representante permanente reducen a uno el número de sujetos que pueden actuar en nombre del ente administrador, con lo que logran simplificar la imputación de las acciones y omisiones atribuibles al concreto administrador persona jurídica, de forma independiente del sistema de responsabilidad del resto miembros del órgano.

Aunque ambas soluciones se basan en formalidades que no deberían impedir la indagación en el origen de la conducta, el modelo continental es más respetuoso con el principio de individualización de culpas en el seno del órgano. En tal sentido, el hecho de que la *Companies Act* garantice la identificación de un miembro del órgano no equivale a afirmar que el administrador persona física deba ser declarado responsable *in integrum*. La necesaria concurrencia de personas físicas en el órgano pone de manifiesto una concepción restrictiva, más acentuada en los sistemas con representante permanente, pero desconocida en aquéllos en los que el desarrollo de las tareas

anudadas al cargo puede ser llevado a cabo por las personas que integran la estructura orgánica de la persona jurídica.

1.1.1. Los modelos basados en la designación de una persona física como representante permanente

Según se ha indicado, tres son los modelos que se asientan sobre la designación obligatoria de un representante permanente, una persona física facultada para el desempeño del cargo y sometida al estatuto de los administradores sociales, a saber, Francia, España y Bélgica. El modelo normativo tiene su origen en la reforma societaria francesa operada por la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, incorporada al artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 y, más tarde, también al artículo 62.1 del *Code des sociétés* belga, con ocasión de la reformadora *Loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes, dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition*, conocida como la *Loi corporate governance*.

A. El origen del representante permanente en la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*

Admitida de forma mayoritaria en Francia, la práctica de designar a personas jurídicas como administradores se había consolidado en la *sociétés anonymes* de este país. En la realidad societaria, era común que una persona natural asistiera a las sesiones del órgano en representación de la persona jurídica administradora y ejecutara el mandato en nombre del ente titular¹⁹⁵. Aun así, nada impedía que más de una persona natural acudiera en representación del ente a las reuniones o que, en cada ocasión, fuera un sujeto distinto quien actuara en su nombre. La preocupación del legislador por las consecuencias en materia de responsabilidad llevó a la reforma societaria francesa, cristalizada en la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, a instituir como obligatoria la práctica de mayor arraigo en el tráfico: la designación de una única persona física como representante permanente del ente gestor. Así, su artículo 91 exigía que, al ser nombrado administrador, la persona jurídica designara a un solo representante permanente que se sometía a las mismas condiciones y obligaciones y asumía la responsabilidad civil y penal que le correspondería si fuera administrador en nombre propio. La previsión se reproducía en el artículo 135 del mismo cuerpo legal para los miembros del consejo de vigilancia, en el caso de que la sociedad anónima adoptara un modelo de administración dual. Mediante la designación de una sola persona física que desempeñara el cargo de forma permanente, el legislador atajaba el riesgo de dilución de la responsabilidad, propio de los supuestos en que diferentes personas físicas ejercieran el cargo en nombre del ente¹⁹⁶.

¹⁹⁵ ESCARRA, J., ESCARRA, E., RAULT, J., *Les sociétés commerciales*, cit., p. 25. GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 99. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., p. 191. LEMEUNIER, F., *La réforme des sociétés commerciales*, cit., p. 69.

¹⁹⁶ HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, *Bull. Soc.*, 1 (1968), pp. 310-318, en concreto, p. 312. OPPETIT, B., “Le

El modelo normativo basado en la designación obligatoria de una persona física como representante permanente se consolidó en la legislación francesa y se encuentra hoy todavía en el artículo L.225-20 del *Code de commerce*, aplicable a la *société anonyme*. A pesar de ello, se requiere que el presidente y el director general (incluida su modalidad delegada) sean personas físicas, a fin de que puedan ejecutar materialmente las funciones que la ley les asigna¹⁹⁷.

Este régimen no afecta a la sociedad comanditaria por acciones, en la medida en que el artículo L.226-1 del *Code de Commerce* excluye la aplicación de cierto número de preceptos dirigidos a la sociedad anónima, incluido el artículo L.225-20. Sin embargo, en este modelo, el *gérant* no es necesariamente socio colectivo (*commandité*) y, aunque puede también ser una persona jurídica, no queda obligado a designar representante permanente¹⁹⁸. En contraste, el administrador persona jurídica queda vetado en la *société à responsabilité limitée* (SARL), cuyos *gérants* deberán ser personas físicas (art. L.223-18.I *Ccomm*)¹⁹⁹. En caso de que la sociedad anónima acoja un sistema de administración dualista, los miembros del consejo de dirección (*directoire*) serán, en todo caso, personas físicas (art. L.225.59.II *Ccomm*). Por su parte, los vocales del consejo de vigilancia podrán ser personas jurídicas (art. L.225-76 *Ccomm*), a excepción de su presidente (art. L.225-81 *Ccomm*) y de aquellos miembros que representen a los trabajadores (art. L.225-80 por remisión al art.

représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme", *JCP*, 1-2272 (1969), pp. 11-20, en concreto, p. 14. ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, Paris, La Villeguérin, 1986, p. 204. DOCQUIR, B., HUPIN, E., "Responsabilité des dirigeants d'entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?", *Rev. Prat. Soc.*, 6896 (2003), pp. 337-378, en concreto, p. 350.

¹⁹⁷ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, Paris, LGDJ, 1979, p. 221. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, Paris, La Villeguerin, 1996, p. 64.

¹⁹⁸ COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, cit., p. 485

¹⁹⁹ TAITHE, A-G., *La s.a.r.l. société a responsabilité limitée*, Paris, Dunod, 1969, p. 29. SAINTOURENS, B., *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, Dalloz, 1994, p. 208.

L.225-80, L.225-28 *Ccomm*). En el supuesto de que el miembro del consejo de vigilancia sea una persona jurídica, queda obligada a designar a un único representante permanente, sometido a idéntico régimen que en las sociedades anónimas²⁰⁰.

La regulación legal del *Code de commerce* se completa con una serie de previsiones de rango reglamentario, recogidas en la sección correspondiente del propio código. Las disposiciones reglamentarias tienen también su origen en la reforma societaria francesa de los años 60, pues fueron introducidas por el *Décret n. 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales*. En ellas se contempla que el mandato de representante es concedido a la persona física durante el plazo de duración del cargo de la persona jurídica (R. 225-16 *Ccomm* para el modelo monista y R.225-42 *Ccomm* para el consejo de vigilancia en el modelo dualista). Asimismo, la revocación del representante y la designación de quien le sustituya deben ser notificadas sin retraso (*sans délai*) por carta certificada a la sociedad administrada, solución que el reglamento extiende a la dimisión y cese del representante (art. R.225-16.2 *Ccomm* en el modelo monista y R.225-42 *Ccomm* en el consejo de vigilancia modelo dualista). El nombramiento del representante y el cese en sus funciones se someten a idénticas formalidades de publicidad que si éste fuera administrador en nombre propio (R225-17 *Ccomm*).

En los modelos incluidos en este bloque, el representante queda sometido al estatuto jurídico propio de los titulares orgánicos, así como a responsabilidad solidaria con el administrador persona jurídica. El artificio basado en la creación de un *tertium genus*, no investido formalmente del cargo de administrador, se equilibra asimilando su régimen al propio de los demás

²⁰⁰ CAUSSAIN, J-J., *Le directoire et conseil de surveillance de la société anonyme*, Paris, Litec, 2002, p. 124.

titulares orgánicos²⁰¹. La técnica legislativa es compartida por los modelos francés y belga, pero ligeramente distinta en la Ley de Sociedades de Capital. En los tres primeros, se establece que el representante asumirá las mismas responsabilidades civiles y penales que si ejerciera la función en nombre y por cuenta propia (art. L. 225-20 *Ccomm*, art. 61 *Code des sociétés*). En el caso español, además de omitir toda referencia a la responsabilidad penal, la expresión relativa al desempeño del cargo “en nombre y por cuenta propia” se ha sustituido por la mención a los “requisitos legales y deberes de los administradores” (art. 236.5 LSC). Asimismo, se elimina la mención “sin perjuicio”, común a los ordenamientos comparados, que se sustituye por la máxima, según la cual, el representante responde solidariamente *con* el ente administrador. En una primera aproximación, la fórmula comparada parece más adecuada para lograr una asimilación total, en el sentido de que evita una aparente remisión parcial a los “requisitos y deberes”, susceptible de plantear algunas dudas hermenéuticas.

B. El sistema tasado belga

Desde la reforma societaria operada por la llamada *Loi corporate governance* en el año 2002, el Derecho belga de sociedades reproduce el modelo de origen francés. Así, también las personas jurídicas administradoras deben designar a un representante persona física para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art. 61.2 *Cds*)²⁰². Sin embargo, el régimen belga presenta una notable singularidad con respecto los demás ordenamientos jurídicos que imponen la designación de un representante permanente. En este

²⁰¹ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224.

²⁰² Se consolida así la tesis propugnada por un sector doctrinal. En tal sentido, VAN HILLE, J-M., *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 129.

caso, el artículo 61.2 del *Code des sociétés* contiene una previsión, desconocida en el resto de sistemas, por la que se establece una relación tasada de sujetos que pueden ser designados representantes de un administrador persona jurídica. El criterio delimitador acogido en este país es la naturaleza del vínculo existente entre la persona jurídica administrador y su representante. En efecto, la ley exige que, con carácter previo a la designación, la persona física y el administrador persona jurídica se hallen vinculados por alguna de las relaciones jurídicas mencionadas en el artículo 61.2 del *Code des sociétés*.

El ente deberá escoger a su representante entre sus socios, administradores (*gérants*), los miembros de su consejo de vigilancia, en el caso de que se organice con arreglo a un sistema dualista, o sus propios trabajadores. Al contrario que en el resto de ordenamientos comparados, no podrá asumir la condición de representante una persona ajena a la esfera jurídica del administrador, pero tampoco un sujeto vinculado al ente por cualquier título diferente de los expresamente mencionados en el precepto²⁰³. En cuanto al fundamento del sistema tasado, la doctrina no encuentra justificación a la restricción de orden subjetivo sobre la persona del representante²⁰⁴. La relación taxativa excluye a los miembros del comité de dirección de la persona jurídica, en el caso de administración dualista, así como los denominados *delegués de la gestion journalière*²⁰⁵. Cabe deducir que la exclusión tiene por finalidad evitar la acumulación de tareas de naturaleza ejecutiva o de gestión diaria sobre una misma persona física. Por esta vía, se instituye una prohibición por

²⁰³ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, *Rev. Prat. Soc.*, (2003), pp. 131-171, en particular, p. 145. GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^a ed., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 75.

²⁰⁴ Críticos con la restricción injustificada, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 315.

²⁰⁵ POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 315. Proponiendo una ampliación teleológica del texto legal, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 146.

incompatibilidad que limita el *interlocking* directorial, a pesar de que el *Code des sociétés* no contiene normas en materia de acumulación de cargos de naturaleza ejecutiva.

Por su parte, la exigencia de un vínculo anterior revela que, en la concepción del legislador belga, las funciones del representante de un administrador persona jurídica no integran un negocio jurídico independiente. Por consiguiente, de acuerdo con la mayoría doctrinal, la relación en vía interna entre la persona física y la persona jurídica se regirá por las normas aplicables a este primer vínculo, opción que se aleja de la sostenida en este estudio²⁰⁶. En una primera aproximación al modelo comparado, cabe destacar que no todas las relaciones jurídicas a las que se refiere el artículo 61.2 del *Code* presuponen poder de representación sobre la persona física (piénsese en el mero socio o en la relación laboral ordinaria), lo que, en nuestra concepción, impediría a ésta actuar como representante sin un previo acto de apoderamiento. También la naturaleza de las tareas a desarrollar en calidad de representante puede resultar ajena o trascender al objeto del contrato preexistente. El ejemplo más claro, a nuestro juicio, es el de una relación laboral ordinaria, pero el mismo argumento es aplicable a la mera condición de socio.

En concreto, la doctrina de este país ha prestado especial atención a los problemas de coordinación con el Derecho del trabajo, en el supuesto de que el representante sea seleccionado entre los trabajadores de la persona jurídica. Por un lado, esta hipótesis plantea dudas sobre la concurrencia de las notas definitorias de una relación laboral ordinaria (ajenidad y dependencia *ex* artículo 1 ET), al consistir las tareas a desempeñar en el desarrollo de funciones de máxima gestión y representación de una sociedad de capital²⁰⁷. De hecho,

²⁰⁶ Véase *infra* Capítulo VI, II.1.2.3.B.

²⁰⁷ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 145.

los trabajos parlamentarios advirtieron este extremo y sugerían la aplicación de la doctrina en materia de acumulación de vínculos (laboral y societario) a tales supuestos²⁰⁸. Sin embargo, no parece que la doctrina belga haya abordado el problema desde esta óptica.

En cambio, en este país la cuestión se ha resuelto mediante una interpretación matizada del régimen de responsabilidad del representante-trabajador. A tal efecto, se recurre al régimen de responsabilidad por daños causados por el trabajador dependiente, previsto en el artículo 18 de la *loi relative aux contrats de travail*, de 3 de julio de 1978. En él se establece que el trabajador responde por los daños causados al empleador o a terceros en la ejecución de su contrato con dolo, negligencia grave o, en última instancia, por faltas leves de diligencia, siempre que tengan carácter habitual. En la doctrina belga, la duda reside en si el referido artículo 18 permite limitar la responsabilidad del representante-trabajador frente a terceros por daños causados en el desempeño de sus funciones como representante permanente. De acuerdo con la posición doctrinal imperante, la situación de dependencia del representante-trabajador justifica que éste sólo responda en los términos de este precepto, sin que le resulte aplicable el elevado estándar de diligencia y lealtad previsto para los administradores sociales²⁰⁹. Por consiguiente, en este

²⁰⁸ *Doc. Parl. Chambre* 2001-2002, 1211/014, p. 241. En ella se quiso introducir una enmienda que prohibiera la designación de trabajadores como representantes permanentes. Se trataba de evitar esquemas en los que la responsabilidad frente a terceros quedara limitada por la condición de trabajador del representante persona física.

²⁰⁹ Esta segunda postura es la sostenida por POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 319. La diferencia radica, esencialmente en el elevado estándar de diligencia para los administradores sociales que, en Derecho belga, incluye las faltas de diligencia más leves (*culpa levissima*); BETRAND, A., COIBION, A., "Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the company itself under Belgian Law", *ECFR* 6-2 (2009), pp. 270-306, en concreto, p. 279. Sin pronunciarse expresamente, reproducen los términos del debate GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, cit., pp. 75-76.

concreto supuesto, queda suavizado el régimen de responsabilidad del representante frente a terceros *ex* artículo 61.2 del *Code des sociétés*²¹⁰.

A nuestro parecer, la solución ofrecida no se ajusta a la literalidad del artículo 61.2 del *Code* y permite reducir las garantías de los terceros, pero, sobre todo, quiebra la unidad del régimen jurídico. A la vez, en ausencia de disposición legal expresa, la solución parece escasamente compatible con la inoponibilidad de las limitaciones internas del poder de representación, exigida por la Primera Directiva de sociedades²¹¹. Además, el argumento de que la reducción de las garantías de cobro para los acreedores se compensa con la responsabilidad de la persona jurídica choca con la teleología del régimen basado en un representante persona física²¹². En efecto, cabe pensar que la designación de un trabajador se acumule a la designación como administrador de una persona jurídica con un patrimonio reducido²¹³. Con todo y según se ha establecido en el capítulo primero, la solvencia del administrador no debe servir como argumento en contra de la institución que analizamos. Aun así, procede rechazar una interpretación que mitiga las garantías introducidas por el régimen del representante permanente.

1.1.2. La singularidad del caso italiano: del silencio normativo a la admisión por los Consigli Notarili

²¹⁰ Así, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, *CJ*, 1 (2003), pp. 1-7, en concreto, p. 5. CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, *DA-OR*, 64 (2002), pp. 328-343, en particular, p. 333. DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, *cit.*, p. 353.

²¹¹ Véase *infra* Capítulo V, III.4.

²¹² Argumento sustentado por LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, *cit.*, p. 5.

²¹³ POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, *cit.*, p. 319.

En el Derecho italiano de sociedades de capital, el *codice civile* guarda silencio sobre la aptitud de las personas jurídicas para ser administradoras en las sociedades de capital. En relación con la *società per azioni*, su artículo 2380 *bis* se limita a establecer que corresponde a los administradores la gestión de la empresa, sin que resulte necesaria la condición de socio para ejercer el cargo. La parquedad normativa contrasta con la notable atención que la doctrina científica ha prestado a la figura estudiada. Como en otros ejemplos comparados, históricamente, el debate en Italia se centró en la noción de capacidad de las personas jurídicas, aunque la preferencia del ordenamiento transalpino por el sistema de capacidad general hizo que este argumento decayera tempranamente²¹⁴. Los autores prestaron especial atención a la aplicabilidad de las normas que rigen el estatuto jurídico del administrador a un *amministratore persona giuridica*; una de las razones principales para desechar la figura se situaba en aquellas previsiones que asumen la condición de persona física del titular del cargo, especialmente, las relativas a las incompatibilidades o a la inscripción del nombramiento. Así, por ejemplo, los artículos 2298.2 y 2383.4 *c.c.* preveían que aquellos administradores a quienes se atribuyera la representación debían depositar en la oficina del registro su *firma autógrafa*, lo que hacía dudar de cómo podrían las personas jurídicas dar cumplimiento a este requisito formal.

También preocupaba la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales que fueran personas jurídicas, ante lo cual se concluía mayoritariamente que, si la acción social de responsabilidad persigue la reintegración de los daños causados a la sociedad mediante la imputación del *quantum* a otra esfera patrimonial, resulta indiferente que el legitimado pasivo

²¹⁴ Véase *supra* Capítulo I, II.2.1.1.

sea una persona física o jurídica²¹⁵. El clásico argumento del riesgo de insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica se desecha en Italia al no plantear un problema distinto al de la posible insolvencia del administrador persona física²¹⁶. En cambio, autorizadas voces se alzaron en contra de una figura que permite privar a la Junta general de la sociedad administrada de la facultad de designar a las personas que se ocupan materialmente de la administración, derogando tácitamente lo establecido en el artículo 2383 *c.c.*, según el cual, los administradores debían ser designados, bien por la *assemblea*, bien en el acto constitutivo²¹⁷.

La reforma societaria, operada por el conocido *Decreto Legislativo* número 6, de 17 de enero de 2003, introduce nuevos elementos en el debate. Aun sin pronunciarse expresamente sobre la cuestión, algunas de sus modificaciones legislativas conducen inexorablemente a una respuesta interpretativa en sentido positivo. Y es que, con ella, el *codice civile* contemplaba expresamente la posibilidad de que las sociedades de capital participen en sociedades personalistas (así, art. 2361 *comma* 2 *c.c.* para la sociedad anónima). A partir de lo anterior, la doctrina concluye que las sociedades personalistas pueden ser

²¹⁵ GUERRA, P., “Può la carica di amministratori di società essere ricoperta da un'altra società?”, *Riv. Soc.*, 1 (1956), pp. 697-702, en concreto, p. 699.

²¹⁶ GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, *cit.*, pp. 116-117 y 145-146, partía de que el cargo sería ejercido por los órganos de la persona jurídica administrador, frente a quienes los acreedores de la administrada no podrían dirigirse las acciones de responsabilidad, en clara derogación de lo dispuesto en los artículos 2393 y 2394 *c.c.* (a lo que habría que la acción individual del art. 2395 *c.c.*), aunque el autor matiza esta postura en atención al carácter *preventivo* de las referidas acciones (p. 146). GUERRA, P., “Può la carica di amministratori di società essere ricoperta da un'altra società?”, *cit.*, p. 699. LIBONATI, B., *Holding e investment trust*, *cit.*, p. 174.

²¹⁷ GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, *cit.*, pp. 100, 116 y 139. MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, *cit.*, p. 118.

administradas por personas jurídicas, en particular, por aquellas sociedades de capital que ostenten la condición de socio colectivo²¹⁸.

Como es conocido, en el caso de la *società a responsabilità limitata*, la reforma reforzó su carácter cerrado, acentuando el perfil personalista del tipo, sobre todo, con respecto a la *s.p.a.* También en este caso se introdujo el autorganicismo como regla supletoria en caso de silencio de los estatutos (art. 2475 *c.c.*) y, consiguientemente, en ausencia de disposición estatutaria que permita a terceros ocupar el cargo, si todos los socios fueran personas jurídicas, el nombramiento debería recaer necesariamente sobre alguna de las entidades jurídicas socias²¹⁹. Junto a ello, la modificación legislativa introdujo un régimen particular de intervención en la gestión por parte de los socios, a quienes pueden ahora atribuirse especiales derechos de gestión (2479. *comma art. c.c.*). En la doctrina se ha consolidado la opinión de que tales prerrogativas pueden utilizarse para facultar al socio a designar administradores, aunque se descarta que los estatutos puedan atribuir al propio socio la condición de administrador²²⁰.

²¹⁸ TOMBARI, U., “La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo modello di organizzazione dell’attività di impresa”, *Riv. Soc.*, 2-3, (2006), pp. 185-206, en particular, Mg 1 y 2. Antes de la reforma, la tesis favorable había sido impulsada por STOLFI, G., “In tema di partecipazione di una società di capitali ad una società di persone”, *Riv. Dir. Comm.*, 2 (1970), pp. 110-122, en concreto, pp. 113-116. Por su parte, RICCIO, A., “La società di capitali può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone”, *Contr. imp.*, 1 (2004), pp. 314-322, en concreto, p. 317 utiliza un razonamiento análogo al empleado en la doctrina francesa de principios de siglo XX: si los únicos socios fueran personas jurídicas, debe admitirse que sean éstas quienes asuman la administración de la sociedad. También, RICCIO, A., “La società di capitali può, dunque, esercitare la funzione di amministratore”, *Contr. imp.*, 1 (2007), pp. 17-29, en especial, p. 25. CAGNASSO, O., “Persona giuridica amministratore di fatto di società”, *Giur. It.*, 2 (2012), pp. 2588-2590, en concreto, p. 2589.

²¹⁹ En sentido similar, PESCATORE, G., *L’amministratore persona giuridica*, cit., p. 44. STELLA RICHTER JR., M., “La costituzione delle società di capitali”, ABBADESSA, P., PORTALE, G. B. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, Torino, Utet, 2007, pp. 268-302, en concreto, p. 294.

²²⁰ PESCATORE, G., *L’amministratore persona giuridica*, cit., p. 45. Fundamenta la licitud en la flexibilización y personalización del tipo s.r.l. tras la reforma, CAGNASSO, O., “Persona giuridica amministratore di fatto di società”, cit., p. 2589.

Si uno de los recelos doctrinales históricamente apuntados en contra de la admisión es la expropiación a la Junta de la facultad de designar administradores, este argumento pierde peso en el régimen jurídico vigente de la *s.r.l.*, en tanto en él se permite que el cargo venga atribuido por el acto constitutivo a uno de los socios o incluso que corresponda en exclusiva a éste designar al administrador (art. 2475 *c.c.*)²²¹. En este contexto, no existen argumentos adicionales para sustentar una respuesta negativa en relación con la *società per azioni* o la *società in accomandita per azioni* y, la proximidad tipológica entre la *s.a.p.a* y la *s.p.a.*, conduce a la mayoría doctrinal a decantarse por una solución homogénea, ya no sólo en todos los tipos capitalistas, sino en cualquiera de las formas asociativas de tipo societario²²². La única excepción la constituye la *s.r.l. semplificata*, en la que todos los socios deben ser personas físicas y la condición de administrador debe recaer sobre alguno de ellos (art. 2463 *c.c.*).

El debate dogmático ha quedado zanjado, de forma más o menos definitiva, a partir de dos hitos fundamentales. Por un lado, una cuestión similar se planteó ante la *Corte di Cassazione*, la cual, en sentencia de 24 de octubre de 2006, se pronunció en sentido favorable al nombramiento de una persona jurídica como administrador de una comunidad de propietarios de inmueble (*condominio*)²²³. En su resolución, el alto tribunal se apoya en el sistema italiano de capacidad general de la persona jurídica para concluir que no es necesario que la

²²¹ En este sentido, CONSIGLIO NOTARILE MILANO, *Persona giuridica amministratore di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)*, cit., Mg. 3. STELLA RICHTER JR., M., “La costituzione delle società di capitali”, cit., p. 295 admite la posibilidad de articular el nombramiento de personas jurídicas como una prerrogativa “de segundo grado”, en el sentido de que la determinación de la concreta persona física que ocupa, materialmente, el cargo en el órgano es designada por el ente.

²²² PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 45.

²²³ Cassazione civile, sez. II, 24/10/2006, n. 22840. Sobre la resolución, RICCIO, A., “La società di capitali può, dunque, esercitare la funzione di amministratore”, cit., pp. 20-21.

posibilidad de ser administrador se prevea expresamente en los estatutos de la persona jurídica administradora. Al año siguiente, el *Consiglio Notarile di Milano* dictó una *massima* en la que declaraba la licitud de las cláusulas estatutarias en las que se prevea el nombramiento como administrador de una persona jurídica²²⁴. El *Consiglio* justifica su postura en un argumento sistemático basado, precisamente, en la expresa o implícita admisión de la administración a cargo de personas jurídicas en otros entes colectivos de naturaleza societaria (la agrupación europea de interés económico, las sociedades colectivas o la propia sociedad anónima europea). Sobre una idea de coherencia sistemática del ordenamiento italiano, no encuentra obstáculo a esta posibilidad, una vez reconocida la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas²²⁵.

En cuanto al fundamento jurídico-positivo de su postura, el *Consiglio* se alinea con cierto sector de la doctrina italiana y la jurisprudencia menor que había acudido a la aplicación analógica de la solución propia de la sociedad anónima europea (art. 47.1 RESE)²²⁶. Ahora bien, esta orientación no es unánime, pues el Reglamento europeo sólo impone un concreto modelo normativo para el caso de que el ordenamiento del domicilio no se oponga al nombramiento de personas jurídicas, sin condicionar la solución propia de cada Estado miembro²²⁷. Pero la autoridad notarial no se limita a pronunciarse sobre

²²⁴ CONSIGLIO NOTARILE MILANO, *Persona giuridica amministratore di società di capitali* (artt. 2380-bis e 2475 c.c.), *Massima* n. 100, 18 de mayo de 2007.

²²⁵ CONSIGLIO NOTARILE MILANO, *Persona giuridica amministratore di società di capitali* (artt. 2380-bis e 2475 c.c.), cit., Mg. 3. PESCATORE, G., “Società di capitali amministratrice di altra società di capitali”, cit., p. 1159.

²²⁶ Tribunale Milano sez. VIII, 27.02.2012.

²²⁷ En esta línea, SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 7. SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”, cit., Mg. 3. Por su parte, TOMBARI, U., “La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo modello di organizzazione dell’attività di impresa”, cit., Mg. desecha la designación de un representante por parte de la persona jurídica administrador en las sociedades personalistas.

la admisibilidad de las cláusulas estatutarias, sino que construye un auténtico régimen para la institución, asimilado al de los ordenamientos jurídicos ya examinados. De este modo, exige que cada administrador designe a una persona física perteneciente a su propia organización, responsable de ejercer en su nombre el cargo. El representante quedará sometido a idénticos deberes y responsabilidad, tanto civil como penal, que el resto de administradores personas físicas, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del ente administrador. Por otro lado, se aprecia en el *Consiglio* una concepción próxima a la del ordenamiento belga, al exigir que el representante sea un sujeto integrado en la esfera de la persona jurídica. Asimismo, impone al nombramiento de la persona física idénticas obligaciones de publicidad que a los demás titulares orgánicos.

Una respuesta diferente para las sociedades anónimas italianas habría obligado a extender la prohibición a las sociedades anónimas europeas domiciliadas en Italia. En este caso, el ordenamiento transalpino carece de normas nacionales exclusivamente aplicables a la sociedad anónima europea domiciliada en este país, a partir de las cuales fundar una solución diferente para el tipo europeo. Pero incluso en tal supuesto, consideramos que el principio de igualdad de trato (*ex art. 10 RESE*) no ampara una respuesta diferente en esta materia para las sociedades anónimas estrictamente nacionales y las europeas domiciliadas en cada Estado miembro²²⁸.

CETRA, A., “La persona giuridica amministratore di una società a responsabilità limitata o società per azioni nella massima n. 100 del Consiglio notarile di Milano”, *Riv. Dir. Soc.* 3 (2008), pp. 679-693, en concreto, pp. 691-692.

²²⁸ La argumentación permite matizar la afirmación de algunos autores RESCIO, G. A., “La Società Europea: tra diritto comunitario e diritto nazionale”, cit., p. 973 y nota 15 que sí consideraron que la interpretación contraria en el Derecho italiano de sociedades anónimas determinaría una discriminación con respecto a la SE.

Puede comprenderse que la aplicación analógica de las normas propias de otros tipos sociales se inscriba en una tendencia uniformadora del Derecho italiano, que se apoya en el Derecho europeo como herramienta interpretativa e integradora del sistema²²⁹. A pesar de ello, es dudoso que la autoridad notarial posea legitimidad para dictar el régimen sustantivo de una figura que, si bien es conocida en el contexto nacional y comparado, no se halla específicamente prevista en relación con las sociedades capitalistas. Podría admitirse que, a efectos de ordenar la publicidad registral, las autoridades notariales condicionen el nombramiento de la persona jurídica a la constancia de la identidad de un representante, pero difícilmente puede el *Consiglio* fijar el alcance de sus deberes o los términos de su responsabilidad.

La tesis favorable ha sido igualmente acogida por el *Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato*, aunque, en este caso, negando la necesidad de una cláusula estatutaria habilitante²³⁰. Resuelta provisionalmente la cuestión por esta singular vía, cabe mencionar una particularidad adicional del Derecho italiano, no estrictamente referida al instituto estudiado, pero de indudable incidencia sobre su régimen jurídico. De entre los ordenamientos hasta ahora analizados, el italiano es el único dotado de un régimen legislado y sistemático en materia de grupos de sociedades (arts. 2497 y siguientes *c.c.*). Cabe anticipar que, cuando la figura del administrador persona jurídica se manifieste en el seno de un grupo, se hará necesario valorar la articulación de la acción social de responsabilidad con la acción de dirección y coordinación

²²⁹ El Derecho comparado europeo ha sido herramienta interpretativa, ejerciendo una influencia para interpretar de forma uniforme aspectos no uniformes, MONTALENTI, P., “La società per azioni a dieci anni dalla riforma: un primo bilancio”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2014), pp. 403 y ss., en particular, Mg. 12.

²³⁰ CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNITI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Società amministratrice di società di capitali*, *Massima* 17/2010, de 8 de noviembre, pp. 183-189. Opción suscrita entre los autores por NIGRO, A., “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, *cit.*, p. 15.

(art. 2497 *c.c.*), sobre todo, ante la eventualidad de que una persona jurídica con facultades gestoras, sea legitimada pasiva de ambas acciones²³¹.

1.1.3. La exigencia de un administrador persona física en la sección 155 de la Companies Act de 2006 anterior a la reforma de 2015

La *Companies Act* de 2006 enmarcaba al Reino Unido entre los ordenamientos que imponen la presencia de personas físicas en el caso de que una persona jurídica (*body corporate*) sea designado administrador (ex sec. 155 CA 2006). A tal efecto, la sección 155 de la *Companies Act* de 2006 disponía que toda compañía debía contar, como mínimo, con un administrador que fuera una persona física, de forma que un *corporate director*, como se denomina al administrador persona jurídica en este ordenamiento, no fuera en ningún caso el único administrador de la sociedad. La exigencia no resulta de aplicación a las denominadas *corporation sole* o aquellas entidades que ocupan la vocalía orgánica por razón de su cargo (*in virtue of an office*). La primera noción se emplea en el *common law* por oposición a un *corporate aggregate* y hace referencia al instituto que permite la separación del patrimonio personal de aquellas personas que ocupan determinadas funciones, generalmente, investidos de potestad pública; en la actualidad lo son, por ejemplo, la corona o los arzobispados²³². El pragmatismo de la solución sorprende por su originalidad en el contexto comparado, pero también constituye una novedad en este ordenamiento, donde era desconocida hasta la reforma integral del texto societario en el año 2006. Asimismo, resulta llamativo que la reforma se produjera con posterioridad a la aparición del Reglamento 2157/2001, en el que

²³¹ Véase *infra* Capítulo III, 2.2.

²³² PALMER, F., *Palmer's Company Law*, vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 2016. Mg. 1214.

se contempla expresamente la figura del representante permanente (art. 47.1 RESE) y, sin embargo, el legislador de este país no valorara este modelo normativo como una alternativa plausible.

En Reino Unido existe un precedente jurisprudencial muy temprano, a partir de la sentencia de la *Chancery Division* en el caso *Re Bulawayo Market and Offices Company, Limited*, dictada el 23 de julio de 1907²³³. La Junta general de *Bulawayo Market and Offices, Ltd* aprobó en sesión celebrada los días 28 de enero y 25 de febrero de 1907 una modificación de los estatutos sociales por la que se establecía que, desde entonces, la sociedad carecería de administradores (*directors*) y pasaría a estar dirigida por un único *manager*, otra *limited company*, *Rhodesia Exploration and Development Company, Ltd*. Según preveían los estatutos sociales tras la consabida reforma, la sociedad *manager* se mantendría en el cargo sin limitación temporal, en tanto la Junta general no decidiera nombrar de nuevo a los miembros del órgano, los *directors*. Un socio minoritario, cuya participación se había visto diluida recientemente, impugnó el acuerdo de modificación estatutaria.

El socio impugnante rechazaba la sustitución de los administradores por una sociedad *manager*, pues ésta eludiría las disposiciones societarias previstas para los *directors*. Además, resultaría imposible declarar su responsabilidad penal en el ejercicio del cargo. Subyace aquí la compatibilidad del instituto con el carácter necesario del órgano, principio que la sentencia valoraba como una medida de tutela de la minoría, a través de la exigencia de que personas individuales asumieran la responsabilidad por la dirección de la compañía. De hecho, la resolución sugiere cierto abuso de mayoría en la maniobra de eliminación del órgano. Aun así, para la *Court of Chancery* no resultaba determinante que la previsión estatutaria privara a la sociedad de su órgano de

²³³ *In Re Bulawayo Market and Offices Company, Limited*, 23 de julio de 1907, 2 Ch. 458.

administración, sustituyéndolo por una compañía *manager* de estatuto jurídico indeterminado.

El magistrado dio prevalencia a la ausencia de norma contraria a la sustitución del órgano de administración en la entonces vigente *Companies Act* de 1862. La disquisición del tribunal y la propia *ratio decidendi* se apartan de los planteamientos que orientaron los posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales en los ordenamientos europeos de aquella época. Lo anterior refleja las diferencias de concepción entre los modelos continentales y de *common law* en esta materia: si los primeros se preocupan de la extracción del poder a los órganos sociales, los segundos se muestran más flexibles sobre el particular, concediendo mayor margen a la autonomía de la voluntad. Como consecuencia de ello, el caso *Re Bulawayo* no se emplea sólo para explicar el origen del criterio permisivo sobre la administración por personas jurídicas, sino que también permitiría fundar la licitud de los llamados contratos de gestión empresarial.

Con este precedente, la posibilidad de que una persona jurídica fuera administrador se consolidó en el Reino Unido y fue recogida ya en la *Companies Act* de 1929 (secs. 144 y 145), de 1948 (secs. 176 y 178) y de 1985, aunque empleando una técnica legislativa singular²³⁴. En efecto, la posibilidad de designar personas jurídicas como administradores comenzó a limitarse a través de la regulación del secretario del *board*, figura esencial en el modelo de gobernanza instituido por la *Companies Act*. El apartado cuarto, letra b) de la sección 283 de la *Companies Act* 1985 prohibía que el cargo de *secretary* fuera ocupado por una *corporation* cuyo administrador único fuera, a su vez, administrador de la compañía. Se trataba de establecer una incompatibilidad

²³⁴ En la doctrina, se mostraba favorable GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, cit., p. 129.

entre la condición de administrador único de la *corporation*-administradora y la función de secretario de la sociedad administrada. Y, a la inversa, un segundo párrafo establecía que el administrador único no podría ser una persona jurídica cuyo administrador único fuera el secretario de la administrada (sec. 283(4)(b) CA 1985).

En varias ocasiones, los trabajos preparatorios de las sucesivas reformas de la *Companies Act* plantearon sustituir el tradicional criterio permisivo por una prohibición radical. El Informe del *Jenkins Committee* puso de manifiesto los problemas de identificación de las personas encargadas de la gestión que planteaba la práctica de designar como administradores a personas jurídicas²³⁵. En él se subrayaba que constantes cambios en la identidad de los responsables de la gestión de las personas jurídicas administradoras supondrían un obstáculo a la identificación y, por consiguiente, a la imputación de responsabilidad. Por este motivo, el Informe recomendaba incorporar la prohibición de que las personas jurídicas fueran administradores a la sección 188 de la *Companies Act* de 1985²³⁶. La propuesta no se plasmó en la norma finalmente aprobada, aunque fue recuperada, sin éxito, con ocasión de la gestación de la *Companies Act* de 2006²³⁷. Durante la vigencia de la *Companies Act* de 1985, la institución había propiciado una jurisprudencia restrictiva en la imputación de responsabilidad a los administradores de los *corporate directors* –a quienes

²³⁵ BOARD OF TRADE, *Report of the Company Law Committee*, 1962, Cmnd. 1749, p. 29, Mg. 84-85.

²³⁶ BOARD OF TRADE, *Report of the Company Law Committee*, 1962, Cmnd. 1749, p. 30, Mg. 85. DORALT, W., “155 Companies required to have at least one director who is a natural person”, SCHALL, A. (ed.), *Companies Act. Kommentar*, München, C. H. Beck, 2014, p. 271. Parece que la razón de que no prosperara la prohibición se asocia con el arraigo de la figura en el tráfico, BAILEY, P., “BIS issues discussion paper on improving company transparency and trust”, cit., p. 3

²³⁷ *Modernising Company Law (Command Paper CM 5553-II)*, vol. 1, Mg. 332 y 3.34. También, White Paper, *Company Law Reform*, Cm. 6456, March 2005, Cm. 6456, p. 24.

denominamos gestores mediatos— a partir del célebre asunto Hydrodan²³⁸. La tesis jurisprudencial permitía a estos sujetos eludir toda responsabilidad por la dirección de las compañías administradas, generalmente, sociedades controladas por los propios gestores mediatos o dependientes del grupo. Finalmente, se optó por incorporar a la sección 155 de la *Companies Act* de 2006 la exigencia de que, al menos, la sociedad contara con un administrador que fuera una persona física. De este modo, los terceros podrían, en todo caso, identificar a una persona frente a la que dirigir las reclamaciones de responsabilidad²³⁹. Con todo, este régimen no impedía colocar a una persona física, como hombre de paja, para dar cumplimiento formal a la exigencia²⁴⁰.

En esencia, la finalidad del modelo es análoga a la perseguida por los sistemas basados en el representante permanente, con la diferencia de que, en este caso, se evitaba incorporar un *tertium genus* en el desempeño del cargo. Sin embargo, bajo la *Companies Act* de 2006, la persona física era un titular orgánico cuya actuación no se imputaba necesariamente al administrador persona jurídica. Desde la perspectiva de la normativa española, la aplicación del régimen de exoneración de responsabilidad (art. 237 LSC) privaría a la solución de toda eficacia. En efecto, si el administrador persona física logra su exoneración por aplicación de las reglas correspondientes, los problemas de

²³⁸ Re Hydrodan (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161. En tal sentido, AA.VV., BIRDS, J. (ed.), *Annotated Company Legislation*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 149. También, AA.VV., *Palmer's Company Law Annotated Guide to the Companies Act 2006*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 155. Para un análisis en detalle de esta corriente jurisprudencial, véase el Capítulo III, IV.I.

²³⁹ Crítico con la solución intermedia, ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015”, *Comp. Law.*, 37-7 (2016), pp. 203-209, en particular, p. 207 ante la ficción del legislador de que en cada caso hubiera un único sujeto al que imputar responsabilidad.

²⁴⁰ YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, *J.B.L.*, 7 (2012), pp. 579-588, en concreto, 579.

identificación se mantienen en relación con el administrador persona jurídica. En el mismo sentido deben valorarse otros supuestos tales como la extinción sobrevinida del mandato del administrador persona física. Con todo, la *Companies Act* de 2006 ha sido reformada por la *Small Business, Enterprise and Employment Act* de 2015. Con ella, se sustituye el tradicional criterio permisivo por una prohibición expresa, contenida en la sección 156A CA 2006 y sitúa al Reino Unido, aunque con matices, entre los ordenamientos que prohíben la figura²⁴¹.

1.2. El ejercicio del cargo a través de los órganos de la persona jurídica

Si el primer núcleo de ordenamientos analizados se basa en la concurrencia de personas físicas, resta examinar aquéllos en los que el Derecho de sociedades admite que el cargo de administrador se ponga en práctica, directamente, por las personas físicas que integran los órganos de la persona jurídica. Se trata de permitir que el propio ente administrador organice el desempeño de las tareas que se le atribuyen a través de las normas que ordenan su esfera interna. En este caso, la libertad de organización se refiere tanto a las cuestiones de orden interno, como a la representación del ente *ad extra*, en su condición de administrador. Esto último incluye la manifestación de la voluntad del administrador en el seno de la organización de la administrada, así como en sus relaciones con terceros, esto es, en la vinculación de la sociedad administrada a través de los miembros de su organización. En el primer aspecto, relativo a la organización interna de las tareas, este modelo es igual al sistema basado en un único representante permanente, pues en ellos no se prejuzga el desarrollo de las tareas en el ámbito interno de la persona jurídica.

²⁴¹ Véase, en este capítulo, *infra.*, 2.2.

En cambio, la diferencia sustancial radica en la vertiente *ad extra*, ya que, en este caso, la representación no recae sobre un representante exclusivo.

Este modelo no es desconocido en el ámbito europeo, en tanto que era el sistema imperante en Francia, Bélgica o Italia antes de la incorporación del representante permanente y es comúnmente aceptado en el caso de las sociedades comanditarias por acciones alemanas, así como, en general, en las sociedades personalistas, también en el caso español. En este contexto, interesan dos cuestiones relativas al desempeño del cargo de administrador de sociedad de capital por personas jurídica. En primer lugar, cobra relevancia la figura del administrador mediato, esto es, aquél que interviene en la gestión y representación del ente gestor. Asimismo, en el contexto comparado, se han identificado dos ejemplos destacables de este modelo. El primero es el caso particular de las sociedades comanditarias por acciones alemanas, cuyo estudio se remite al análisis de este ordenamiento. En segundo lugar, resalta el régimen de la *société par actions simplifiée* francesa.

1.2.1. Los gestores mediatos

A lo largo del estudio, se ha hecho referencia a las personas que asumen funciones de gestión, dirección o representación de la persona jurídica administradora. Por lo general, se considera que tales sujetos se ocupan indirectamente de la gestión de la compañía administrada, en tanto conforman la voluntad del ente titular. Por ello, suelen recibir la calificación de *gestor mediato* (*mittelbarer Geschäftsführer*) u *órgano secundario* (*sekundärer*

Organ)²⁴². Así, cuando se admite que un cargo de gestión en una sociedad de capital se atribuya a una persona jurídica, sin mayores precisiones, se entiende que el ente ejercerá tales funciones según su propia estructura y, por consiguiente, serán sus propios gestores los responsables de formar y manifestar la voluntad del ente administrador. Es así como se produce el efecto de superposición de las esferas jurídicas de administradora y administrada y, al mismo tiempo, la posible multiplicación de los sujetos implicados en la gestión.

En este punto, el principal problema dogmático radica en que los gestores mediatos no quedan formalmente sujetos a los deberes fiduciarios del administrador y tampoco a la responsabilidad derivada del ejercicio de tales funciones. Los sistemas que conocen al representante permanente han eliminado este problema en relación con la ejecución de la voluntad del ente administrador, al establecer que la eficacia externa de las obligaciones anudadas al cargo se circunscribe a los actos realizados por aquél. Sin embargo, la imputación de responsabilidad a los gestores del ente administrador por aquellos actos carentes de relevancia externa constituye una dificultad común a todos los modelos incluidos en el análisis y será atendida a lo largo del estudio. Por otro lado, existen indicios de que los sistemas de un solo representante permanente han logrado minimizar las reclamaciones de responsabilidad frente a los gestores mediatos. La primera manifestación de esta hipótesis se verifica en la *société par actions simplifiée* francesa.

²⁴² En el primer sentido, BRANDES, S. M., “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, cit., p. 645. BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 45. TEICHMANN, C., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 733. En el segundo, MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, cit., p. 55. EYBEN, A.-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 132. NIGRO, “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, cit., p. 15. SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 7.

1.2.2. Las particularidades de la société par actions simplifiée francesa

Merece atención particular el caso de la *société par actions simplifiée* francesa como modelo legislado de ejercicio del cargo a través de los gestores mediatos. En este tipo, existe plena libertad estatutaria para configurar la gestión y, a su amparo, los socios pueden prever que los administradores sean personas jurídicas (art. L.227-5 *Ccomm*)²⁴³. En coherencia con la flexibilidad tipológica de la SAS, el *Code de commerce* no exige que los *dirigeants* que sean personas jurídicas designen a una persona física como representante permanente. En el mismo sentido, tampoco resulta aplicable la exigencia de que el presidente sea una persona física, propia de la sociedad anónima (expresamente, art. L.227-7 *Ccomm*)²⁴⁴. Ahora bien, el artículo L.227-7 *Ccomm* establece que, en el caso de que una persona jurídica sea designada presidente o administrador (*dirigeant*) de una SAS, los administradores de la propia persona jurídica se someten a los deberes y responsabilidades que les corresponderían si ejercieran el cargo en nombre propio, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del ente administrador²⁴⁵. De este modo, la SAS francesa admite que el desempeño del cargo sea libremente organizado en el seno del ente, pero, en contrapartida, todos sus administradores son solidariamente responsables entre sí y con la persona jurídica en el ejercicio del cargo. Con esta previsión, desconocida, por ejemplo, en la sociedad

²⁴³ DIDIER, P., “La flexibilité de la gouvernance de la SAS”, CONAC, P-H., URBAIN-PARLEANI, I., *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp.123-135, en particular, p. 134.

²⁴⁴ GODON, L., *La société par actions simplifiée*, Paris, LGDJ, 2014, p. 362. PÉRIN, P-L., *SAS. La société par actions simplifiée*, 3ª ed., Paris, Lextenso, 2008, p. 270. LE CANNU, P., “Les dirigeants de la société par actions simplifiée”, cit., p. 240.

²⁴⁵ Aparentemente, importando la solución propia de la sociedad civil o de la sociedad colectiva (arts 1847 del Código civil francés y L.221-3 *Ccomm*), DONDERO, B., “La responsabilité du représentant de la personne morale dirigeante d’une société”, *Gaz. Pal.*, 1 (2014), pp. 455-456, en concreto, p. 455.

comanditaria por acciones alemana, queda expedita la vía para la reclamación de responsabilidad de los gestores mediatos.

En la medida en que la norma facilita la declaración de responsabilidad de los gestores mediatos, se ha extendido entre las sociedades por acciones simplificadas la práctica de configurar estatutariamente un representante permanente del administrador persona jurídica, reproduciendo la regulación prevista para las sociedades anónimas²⁴⁶. De esta forma, por imposición estatutaria, a menudo, también los entes gestores de una SAS deben designar a una sola persona para el ejercicio permanente del cargo. Las cláusulas estatutarias tienden a equiparar su régimen al que corresponde al representante del administrador persona jurídica en las sociedades anónimas (art. L.225-20 *Ccom*), esto es, someten al representante a los deberes y responsabilidad del cargo, así como a responsabilidad solidaria con la persona jurídica. Sin embargo, esta práctica plantea serias dudas de compatibilidad con el artículo L.227-7 *Ccomm*, en tanto que tales cláusulas aspiran a eliminar la responsabilidad solidaria de los gestores mediatos, concentrando la posible imputación de responsabilidad sobre el representante estatutario²⁴⁷. A nuestro parecer, la norma es de naturaleza imperativa y la autonomía contractual puede acotar el ejercicio del cargo por la persona jurídica, pero no derogar el régimen de responsabilidad que el *Code* impone al órgano secundario. En consecuencia, no cabría excluir la legitimación pasiva de los gestores mediatos por vía estatutaria. Cuestión distinta es que éstos acrediten que el desempeño del cargo en la concreta SAS corresponde a una o varias personas concretas físicas designadas al efecto, de conformidad con los estatutos de la administrada y la

²⁴⁶ GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 382.

²⁴⁷ En este sentido, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 373. Dudan de la posibilidad de excluir la responsabilidad solidaria de los gestores mediatos, GERMAIN, M. PÉRIN, P-L., *SAS. Société par actions simplifiée*, 5ª ed., Paris, Joly/Lextenso, 2013, p. 315.

organización interna de la administradora. A pesar de lo anterior, las *Cours d'appels*, en su función de responsables del control del acceso al *Registre de Commerce et des Sociétés* se habían mostrado favorables a la inscripción registral de representantes estatutarios de administradores personas jurídicas en la SAS²⁴⁸. En el mismo sentido, la *Cour de Cassation* no encuentra obstáculo a declarar su responsabilidad en sede concursal como legitimado pasivo de la *action en comblement du passif* (art. L.651-1 *Ccomm*)²⁴⁹.

Recientemente, la cuestión ha despertado cierta controversia en sede registral, lo que probablemente obligue a modificar el criterio jurisprudencial. Una decisión de 4 de febrero de 2015 del *Comité de coordination des registres du commerce et des sociétés*, pone en entredicho la efectividad de la institución²⁵⁰. Sin oponerse a la configuración estatutaria de un representante permanente en la SAS, el *Comité* niega que tales personas físicas puedan constar registralmente como representantes permanentes en los mismos términos que en las sociedades anónimas. La autoridad acepta la inscripción de tales representantes en el apartado reservado a las personas con poder para vincular a la sociedad, al no encontrarse prevista la categoría de representante permanente en la SAS.

De este modo, a efectos registrales, los representantes permanentes en la SAS aparecen como apoderados generales de la sociedad administrada y, en la medida en que el contenido del registro es oponible *erga omnes*, resultará

²⁴⁸ Cour d'Appel Poitiers, chambre civile, 20 septembre 2011, 11-02212; Cour d'Appel Paris, 8^e chambre, 1 juillet 2014, 14-0437; Cour d'Appel Versailles, 12^e chambre, 3 février 2015, 14-06747.

²⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, 19 novembre 2013, 12-16099; FAVARIO, T., "Précisions sur l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le représentant permanent d'une personne morale", *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2 (2014), p. 95. MONSIÈRE-BON, M-H., "Responsabilité pour l'insuffisance d'actif: le représentant permanent est un dirigeant comme les autres", *Bull. Joly Soc.*, 2 (2014), p. 101.

²⁵⁰ *Comité de coordination des registres du commerce et des sociétés*, Avis n. 2015-04, Q. 123, 5 de febrero de 2015, pp. 1-4.

indiferente frente a terceros no obligados por los estatutos que éstos se refieran al sujeto como el representante exclusivo del administrador persona jurídica²⁵¹. La publicidad registral indicará a los terceros que el representante permanente es un mero apoderado general de la sociedad, disuadiéndolos de ejercitar frente a él las acciones de responsabilidad propias de los administradores, incluida la antes referida *action en comblement du passif*. En tal sentido, si la publicidad registral no permite inscribir un representante permanente de la SAS, parece que se apuntala un elemento en contra de su responsabilidad y, en todo caso, en favor de la preservación de la responsabilidad de los gestores del ente, de conformidad con el artículo 227-7 *Ccomm*.

El ejemplo de la SAS francesa pone de manifiesto la preferencia de los operadores por el régimen del representante único y permanente, frente a la responsabilidad solidaria de todos los gestores mediatos. Con ello se coloca a una sola persona física como titular formal de las obligaciones adscritas al cargo y, por consiguiente, a la responsabilidad derivada de su infracción, alejando de ella a los gestores del ente.

2. La prohibición expresa

En contraste con los anteriores modelos, Alemania y, desde el año 2015, el Reino Unido prohíben con carácter expreso que las sociedades de capital sean administradas por personas jurídicas.

²⁵¹ Puede compartirse que la interpretación restringe la autonomía de configuración estatutaria en este tipo social; PÉRIN, P-L., “L’inscription au RCS du représentant permanent d’un dirigeant de SAS est possible”, *Bull. Joly Soc*, 7-8 (2015), p. 348, pero debe tenerse presente que se trata de que la publicidad material no contradiga una norma imperativa.

2.1. El caso alemán

El ordenamiento jurídico alemán representa el ejemplo paradigmático de modelo prohibitivo de la administración societaria por personas jurídicas. En efecto, el rechazo a la presencia de personas jurídicas y otros sujetos de Derecho distintos de la persona física en la gestión social posee gran arraigo histórico en el Derecho alemán de sociedades anónimas (contemplado hoy en el §76 Ab. 3 AktG). La solución se ha extendido a las sociedades de responsabilidad limitada (§6 Ab. 2 GmbHG). En cambio, la prohibición no se ha generalizado a las sociedades comanditarias por acciones, para las que se opta por el criterio permisivo, más propio de las sociedades personalistas. Lo anterior ha propiciado el auge en el tráfico de las denominadas figuras híbridas, basadas en la combinación de una sociedad personalista (generalmente, una *Kommanditgesellschaft*) o una comanditaria por acciones con un ente de estructura corporativa, dotado de personalidad jurídica, como socio colectivo.

2.1.1. La Aktiengesellschaft

La discusión dogmática sobre la licitud de la institución se mantuvo entre los autores alemanes de entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, bajo los entonces vigentes *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* y el *Handelsgesetzbuch* de 1897, en el que el sistema dualista poseía todavía carácter facultativo. El código de comercio se limitaba a establecer, según era habitual en los textos de la época, que el comité de dirección y el consejo de vigilancia estarían compuestos por una o varias personas (§231 Ab. 2 y §312 HGB 1897, respectivamente). Aunque voces autorizadas propugnaron una interpretación favorable al administrador persona jurídica, se consolidó en la

doctrina una posición de rechazo²⁵². De esta forma, la prohibición acabó imponiéndose en el § 75 Ab. 3.I de la *Aktiengesetz* de 1937 y esta toma de posición por parte del Derecho alemán de sociedades anónimas resultó definitiva, de forma que no se consideró pertinente reabrir el debate con ocasión de la *Aktiengesetz* de 1965²⁵³.

En la actualidad, el § 76 Ab. 3 II AktG establece que sólo la persona natural con capacidad de obrar plena (*natiürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person*) puede ser designada miembro del comité de dirección (*Vorstand*), núcleo ejecutivo en el sistema alemán de administración dualista propio de las sociedades anónimas; idéntica previsión contiene el §100 AktG para los miembros del consejo de vigilancia. De esta forma, la *Aktiengesetz* no distingue según la naturaleza gestora o supervisora de las tareas a desempeñar para excluir a cualquier sujeto distinto de la persona física, sino que extiende esta solución a ambos órganos, distanciándose así de las sociedades anónimas francesas con sistema de administración dualista²⁵⁴. En el consejo de vigilancia, la prohibición recae sobre cada uno de los miembros del órgano, con independencia del origen de su designación, esto es, de si representan al capital o a los trabajadores²⁵⁵. Por otro lado, la fórmula legal (*personas naturales*) elimina toda duda interpretativa sobre la aptitud subjetiva de entidades carentes de personalidad jurídica para ocupar el cargo en cualquiera

²⁵² Véase *supra*, en este capítulo, II.1.

²⁵³ KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft...*, cit., p. 87.

²⁵⁴ SPINDLER, G., “§100 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., vol. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1512-1539, en concreto, pp. 1517-1518. HÜFFER, U., KOCH, J., *AktienGesetz*, cit., §100, Mg 2. LUTTER, M., KRIEGER, G., VERSE, D., *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, Köln, Otto Schmidt, 2014, p. 8.

²⁵⁵ HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2, C. H. Beck, München, 2008, pp. 759-789, en particular, p. 765. SIMONS, C., “§100 AktG”, *AktG. Aktiengesetz*, HÖLTERS. W. (ed.), München, C. H. Beck/Vahlen, 2014, pp. 773-779, en concreto, p. 776.

de los órganos, en contraste con la fórmula empleada para la sociedad anónima europea de administración monista domiciliada en Alemania, en el artículo 27 Ab. 3 SEAG. En tal sentido, queda excluida cualquier entidad, con independencia de que el ordenamiento, nacional o extranjero, le conceda personalidad jurídica²⁵⁶.

El mantenimiento de este criterio legislativo responde a cierta inercia (*path-dependency*) del Derecho alemán de sociedades capitalistas²⁵⁷. A pesar de las propuestas revisionistas²⁵⁸, el principio de responsabilidad personal y el riesgo de extracción de la competencia para designar administradores al consejo de vigilancia siguen sosteniendo un cuerpo doctrinal mayoritariamente contrario a un cambio de criterio²⁵⁹. En el caso del consejo de vigilancia, la independencia de criterio y de instrucciones (especialmente, § 111.6 AktG) y la responsabilidad personal constituyen el principal argumento en contra de un cambio de criterio²⁶⁰. En relación con los miembros de este último órgano, existe acuerdo sobre la posibilidad de que la persona jurídica designe a alguno de sus representantes legales para el cargo, sin que exista entonces incompatibilidad²⁶¹.

²⁵⁶ HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, cit., Mg. 9.

²⁵⁷ Así, se advierte un posicionamiento doctrinal muy claro en SPINDLER, G., “§ 76 AktG”, cit., p. 96. Tampoco discuten la prohibición MERTENS, H-J., CAHN, A. “§ 76 AktG”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, t. 2/1, §§76-34, 3ª ed., 2010, Köln, Carl Heymanns Verlag, pp 14-99, en particular, p. 92.

²⁵⁸ En los años setenta del siglo XX, VEELKEN, W., *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, cit., p. 124. KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft...*, cit., p. 87.

²⁵⁹ Utilizan este principio como argumento en contra, ULMER, P., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 367. PAEFGEN, W. G., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 861. FLEISCHER, H., “Leitung der Vorstands”, cit., p. 32. BOKELMANN, B., *Personelle Verflechtungen über Aufsichtsräte*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000, p. 31.

²⁶⁰ HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, cit., Mg. 9. HÜFFER, U., KOCH, J., *AktienGesetz*, cit., §100, Mg 2. SIMONS, C., “§100 AktG”, cit., p. 776, si bien la independencia no es formalmente un requisito legal (p. 782).

²⁶¹ SIMONS, C., “§100 AktG”, cit., p. 776. HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, cit., Mg. 9.

2.1.2. *La Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

De acuerdo con la posición doctrinal imperante, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la unidad sistemática del Derecho alemán de sociedades capitalistas hacía preciso mantener idéntica respuesta normativa para ellas²⁶². Aunque la *Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* guardó silencio sobre el particular hasta la reforma de 1980, el referido argumento fundamentó la tesis negativa en este tipo social²⁶³. En la actualidad, el §6 Ab. 2 GmbHG reproduce literalmente la previsión de la *Aktiengesetz* en referencia al *Geschäftsführer*, excluyendo de la gestión a cualesquiera sujetos de Derecho diferentes de la persona física, con independencia de que reúnan personalidad jurídica²⁶⁴. Como en el caso de la *Aktiengesellschaft*, la prohibición es imperativa, de forma que los estatutos no pueden desvirtuarla²⁶⁵. Por su parte, la designación de un ente como *Geschäftsführer* sería nula por contrariedad a la ley²⁶⁶.

²⁶² FLEISCHER, H., “Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts. Zugleich Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung”, *AcP*, 204 (2004), pp. 502-543, en particular, p. 532.

²⁶³ GOETTE, W., “§ 6 GmbHG”, *Münchener Kommentar GmbH-Gesetz*, 2ª ed, vol. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 654-683, en concreto, p. 660. ULMER, P., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 367.

²⁶⁴ PAEFGEN, W. G., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 861. KLEINDIEK, D., “§ 6 GmbHG”, LUTTER, M., HOMMELHOFF, P. (eds.), *GmbH-Gesetz Kommentar*, 18ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 244-275, en concreto, p. 248.

²⁶⁵ TEBBEN, J., “§ 6 GmbHG”, MICHALSKI, L., *GmbHG*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2010, pp. 822-905, en concreto, p. 832. GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, cit., p. 567.

²⁶⁶ SCHNEIDER, U. H., SCHNEIDER, S. H. “§6 GmbHG”, *Scholz GmbHG*, 11ª ed., t. I, Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 432-472, en concreto, p. 439. GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, cit., p. 567.

2.1.3. La *Kommanditgesellschaft auf Aktien*

Distinta es la respuesta del ordenamiento jurídico alemán ante las sociedades comanditarias por acciones, cuyos socios colectivos, administradores naturales de la sociedad, pueden también ser personas jurídicas. Se trata de una solución interpretativa en absoluto pacífica, pero que constituye la culminación de un intenso debate propiciado por la propia sistemática de la *Aktiengesetz* y avivado por una serie de pronunciamientos jurisprudenciales. En primer lugar, la *Kommanditgesellschaft auf Aktien* se asienta sobre un sistema tripartito de fuentes, que refleja la naturaleza híbrida del tipo social. En concreto, su régimen jurídico está integrado por las normas especiales recogidas en los §§279 a 290 AktG, así como por las disposiciones previstas para los socios colectivos de la sociedad comanditaria simple en el *Handelsgesetzbuch*. Por último, le resultan de aplicación supletoria las normas del Libro Primero de la *Aktiengesetz*, dedicado a las sociedades anónimas, conforme a su sentido y siempre que no exista disposición específica o resulten inaplicables por la ausencia de órgano de administración (§278 Ab. 3 AktG).

Por otro lado, los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones no se constituyen en comité de dirección (*Vorstand*), sino que para referirse a ellos se utiliza, con carácter general, la expresión *Geschäftsführer*²⁶⁷. Sin embargo, el §283 AktG somete al socio colectivo a las disposiciones aplicables al *Vorstand* en materias concretas, entre las que, sin embargo, no se incluyen los requisitos o incompatibilidades para ocupar el cargo. En este contexto

²⁶⁷ SCHÜRMAN, W., GROH, E., "KGaA und GmbH & Co. KGaA. Neue Aspekte einer interessanten Gesellschaftsform", *BB*, 14 (1995), pp. 684-688, en concreto, p. 685. Para una exégesis de las diferencias, NIEDERLAG, H.-H., *Juristische Person als persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien*, Diss.Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, 1973, p. 74.

normativo, se planteó en Alemania la aplicabilidad de la previsión contenida en el §76 AktG Ab. 3 al socio colectivo de la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*. En otros términos, no estaba claro si, como los miembros del *Vorstand*, también éstos debían ser necesariamente personas físicas.

A. La gestación histórica del criterio permisivo en la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*

Seguidamente se repasan los términos del debate experimentado en el ordenamiento comparado hasta alcanzar la solución aplicable hoy a las sociedades comanditarias por acciones.

B. De la sentencia del *OLG Hamburg* de 1968 al caso *Holz Müller*

La cuestión examinada se planteó con ocasión del acceso al *Handelsregister* de una sociedad comanditaria por acciones cuyo socio colectivo era una sociedad de responsabilidad limitada. El juzgado responsable de la inscripción, el *Landesgericht Hamburg* la había rechazado, pero la decisión fue revocada por la instancia superior, el *Oberlandesgericht* de Hamburgo, en sentencia de 5 de diciembre de 1968, admitiendo esta particular forma de empresa híbrida, combinación de una *Kommanditgesellschaft auf Aktien* y de una sociedad de responsabilidad limitada como socio colectivo²⁶⁸. El caso propició el debate doctrinal e incluso se proyectó reformar la *Aktiengesetz* con el fin de mencionar expresamente que los socios personalmente responsables sólo podrían ser

²⁶⁸ OLG Hamburg Urt. v. 5.12.1968, 2 W 34/68 = *NJW* 1969, 1030.

personas físicas, pero la propuesta fue abandonada²⁶⁹. El frustrado intento de modificación legislativa podía ser interpretado como reflejo de la posición favorable del legislador o como prueba de que la cuestión debía ser resuelta por doctrina y jurisprudencia²⁷⁰.

Por otra parte, el supuesto de hecho del paradigmático caso *Holz Müller*, resuelto por el *Bundesgerichtshof* en sentencia de 25 de febrero de 1982, se basaba en la oposición de un socio a la transmisión del activo y pasivo social a una sociedad comanditaria por acciones cuyo socio colectivo era una sociedad de responsabilidad limitada, fundada por la propia transmitente²⁷¹. La figura controvertida se presenta por primera vez ante el alto tribunal, pero el argumento de la ilicitud de la forma empresarial beneficiaria, manejado por el demandante en la instancia, no se sostuvo ante el BGH.

C. La sentencia del BGH de 24 de febrero de 1997

El pronunciamiento del tribunal hanseático no había puesto fin al debate y la polarizada discusión doctrinal se perpetuó hasta que la cuestión se planteó de nuevo, esta vez ante el *Oberlandesgericht* de Karlsruhe. Como en el supuesto resuelto por el *OLG Hamburg*, se había constituido una sociedad comanditaria por acciones cuyo único socio colectivo era una sociedad de responsabilidad limitada (dando origen a la forma híbrida hoy referida como GmbH & Co. KGaA). El acceso al registro había sido denegado y confirmado en las sucesivas instancias, incluido el recurso ante el *OLG Karlsruhe*, resuelto

²⁶⁹ El artículo 7.3 del *Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes betreffend die GmbH und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 15.12.1977*, BT Drucks 8/1347 aspiraba a introducir la prohibición como segundo apartado del §278.2 AktG.

²⁷⁰ PRIESTER, H.-J., “Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär”, *ZHR*, 160 (1996), pp. 250-264, en concreto, p. 256.

²⁷¹ BGH Urt. v. 25.02.1982, BGHZ 83, 122 = *NJW* 1982, 1703.

en sentencia de 29 de julio de 1996²⁷². El tribunal tuvo en cuenta la posición favorable de su homólogo en Hamburgo y se inclinó por la tesis negativa, con el fin de que la divergencia de criterio entre dos *Oberlandesgerichte* motivara un pronunciamiento definitivo del *Bundesgerichtshof*.

Por un lado, el *OLG Karlsruhe* se manifestaba en contra de que una entidad cuyos miembros se benefician de la responsabilidad limitada pudiera colocarse en la posición de socio colectivo, ideada en el esquema de la KGaA para añadirse al capital como garantía de los acreedores. En cuanto a la estructura de la sociedad comanditaria, denunciaba la pérdida de control de los socios comanditarios y, en particular, del papel del consejo de vigilancia sobre la gestión de la compañía cuando tales labores competen a la sociedad complementaria. Entendía el tribunal que sólo en el caso de que la propia razón de ser de la GmbH fuera asumir la condición de socio colectivo de la KGaA – habitualmente, cuando se tratara de una sociedad íntegramente participada por la comanditaria– conservarían los órganos y miembros de la administrada sus facultades ordinarias sobre el socio colectivo. En definitiva, el pronunciamiento se decantaba por una comprensión estrictamente capitalista del modelo comanditario por acciones, desechando extender a este tipo la solución tradicional aplicable a las sociedades personalistas²⁷³.

Cuando la cuestión alcanzó al alto tribunal alemán, éste se decantó por la opción favorable en sentencia de 24 de febrero de 1997, sobre la base de varios argumentos. En primer lugar, el BGH acogió un razonamiento de corte positivo y sistemático, al considerar que no existe norma en la *Aktiengesetz* en virtud de la cual se excluya la condición de persona jurídica del socio colectivo,

²⁷² OLG Karlsruhe Urt. v. 29.07.1996 = ZIP 1996, 1787.

²⁷³ SCHMIDT, K., “150 Jahre Kommanditgesellschaft auf Aktien: Balanceakte eines Sonderlings”, BAYER, W., HABESACK, M. (eds), *Aktienrecht im Wandel*, Band II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1188-1211, en particular, p. 1194.

posicionándose junto a los autores que declaraban inaplicable el §76 Ab. 2 AktG a la *Kommanditgesellschaft auf Aktien*. Así, el BGH apoyaba la interpretación literal, según la cual, la remisión contenida en el §278 AktG incluye las prohibiciones para ocupar el cargo²⁷⁴. En última instancia, esta tesis trata de consolidar la diferencia entre un miembro del *Vorstand*, escogido por el consejo de vigilancia por un plazo determinado, y el socio colectivo como gestor natural, designado en los estatutos, en principio, sin limitación temporal²⁷⁵. Seguidamente, el alto tribunal se apoyó en el comportamiento del legislador histórico frente a la regulación de la institución, entendiendo que, si bien es posible que en la *mens legislatoris* de la *Aktiengesetz* de 1965 el socio colectivo debiera ser una persona natural, este planteamiento nunca se trasladó al texto legal²⁷⁶.

Finalmente, nos parece que el BGH muestra un posicionamiento tipológico muy concreto, en el que prevalecen el carácter personalista de la KGaA y la libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*). En este sentido, el principio de autorganicismo (*Selbstorganschaft*) constituye un argumento favorable adicional, pero supone alinear la solución para el tipo comanditario con el de su forma personalista²⁷⁷. Aunque no se refleja en la sentencia, puede hallarse cierta coherencia histórica adicional en el planteamiento del BGH, si se

²⁷⁴ BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = ZIP 23 (1997), 1027. A favor de la aplicación, HUECK, A., HUECK, G., *Gesellschaftsrecht: ein Studienbuch*, 17ª ed, München, C. H. Beck, 1983, p. 300. FETT, T., “Die KGaA als hybride Rechtsform: Anwendbares Recht”, BÜRGERS, T. FETT., T., *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 19-37, en concreto, pp. 21-22. PRIESTER, H-J., “Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär”, cit., p. 256. En contra, HENNERKES, B. H., MAY, P., “Noch einmal: Die GmbH & Co. KG auf Aktien als Rechtsform für börsenwillige Familienunternehmen?”, *BB*, 35-36 (1988), pp. 2393-2405, en concreto, p. 2403.

²⁷⁵ En el primer sentido, GOETTE, W., “KGaA: Zulässigkeit einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin”, *DStR*, 26 (1997), pp. 1012- 1015, en particular, p. 1012.

²⁷⁶ BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = ZIP 23 (1997), 1027.

²⁷⁷ BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = ZIP 23 (1997), 1027.

advierte que en el origen del debate en el siglo anterior, la falta de vigencia del principio autorganicista en la sociedad anónima había contribuido a forjar el criterio prohibitivo en la sociedad anónima. Sin embargo, resulta paradójico fundamentar en el principio autorganicista una solución que consiste, precisamente, en remitir la gestión a una persona jurídica diferente, con su propia organización²⁷⁸. En todo caso, la consecuencia más relevante es que, al declarar inaplicable el §76 Ab. 3 AktG a las sociedades comanditarias por acciones, el BGH renunciaba a mantener una respuesta homogénea en los tres tipos capitalistas. De hecho, la incongruencia sistemática entre las soluciones del §76 Ab. 2 y el §265 Ab. 2 AktG es una de las principales críticas doctrinales al pronunciamiento comentado²⁷⁹.

Desde la perspectiva de la tutela de los acreedores y de los terceros que se relacionan con la sociedad, el alto tribunal no veía reducidas sus garantías, entendiendo que también el patrimonio de la persona jurídica socio queda sometido a la responsabilidad inherente a la condición de socio colectivo. La única reserva del tribunal se refería a la publicidad de la forma híbrida de la empresa. Por este motivo, proponía dar noticia de la limitación de responsabilidad que se operaba en la figura como consecuencia de que el socio colectivo fuera una sociedad cuyos socios se benefician de la responsabilidad limitada. Para ello, bastaría con incorporar una mención al tipo social del socio colectivo junto a la indicación del tipo comanditario (GmbH & Co KGaA) o reflejando expresamente la limitación de responsabilidad mediante la fórmula

²⁷⁸ GAIBLER, F., *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA): ihre Vor- und Nachteile im Vergleich zu anderen Rechtsformen, sowie ihre Geeignetheit für bestimmte Unternehmenstypen*, Augsburg. Univ. Diss., 2014, p. 32.

²⁷⁹ Muy crítico con la deformación tipológica derivada de la admisión SCHMIDT, K., “Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?”, *ZHR*, 160 (1996), pp. 265 -287, especialmente, pp. 278 y 280. FLEISCHER, H., “Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts. Zugleich Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung”, cit., p. 532.

“sociedad comanditaria con responsabilidad limitada” (*Kommanditgesellschaft auf Aktien mit beschränkter Haftung*). En otros términos, el único requisito para la admisión sería la imposición de una denominación subjetiva a la sociedad comanditaria por acciones, indicando a los terceros que ninguna persona física responde personalmente por las obligaciones sociales²⁸⁰. En este sentido, la sentencia comentada propició la reforma del §265 Ab. 2 AktG, con el fin de incorporar las exigencias de publicidad sobre la limitación de responsabilidad en el caso de que los socios colectivos fueran personas jurídicas beneficiarias de este atributo.

D. Las formas híbridas & Co KGaA en la actualidad

Como consecuencia del posicionamiento favorable del BGH y la consiguiente enmienda a la *Aktiengesetz*, resultan plenamente lícitas en el ordenamiento jurídico alemán las denominadas formas híbridas de sociedad comanditaria por acciones, en las que una persona jurídica, generalmente, una sociedad de responsabilidad limitada, aparece como socio colectivo de una sociedad comanditaria por acciones. Cuando el socio colectivo es una entidad, en lugar de una persona física, recibe la denominación de entidad o sociedad complementaria (*Komplementärin*) y, como consecuencia de ello, al sistema tripartito de fuentes se suman las normas aplicables a esta persona jurídica²⁸¹. Asimismo, de acuerdo con la exigencia del § 265 Ab. 2 AktG, las referidas formas empresariales deben operar bajo una denominación subjetiva.

²⁸⁰ BINZ, M. K., SORG, M. H., *Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht*, 10ª ed., München, C. H. Beck, 2005, p. 549. GOETTE, W., “KGaA: Zulässigkeit einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin”, cit., p. 1014.

²⁸¹ OTTE, D., *Die AG & Co. KGaA. Eine Rechtsformstudie*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 25-26.

La posibilidad de combinar figuras creando los modelos híbridos justifica el éxito relativo del tipo comanditario capitalista en el tráfico jurídico alemán, al contrario que en ordenamientos en los que apenas tiene presencia, como es el caso español. Lo anterior puede explicarse examinando las facilidades operativas que la fórmula proporciona y que, por lo general, son idénticas a las que se obtienen de la administración por personas jurídicas, también en sede de sociedades anónimas y limitadas. En este sentido, cabe admitir una similitud funcional entre ambos institutos en todos los modelos, que permita incorporar las conclusiones alcanzadas a la dogmática general de la administración a cargo de personas jurídicas. En ambos casos, la administración compete, de forma exclusiva o en colaboración con otros, a una entidad con personalidad jurídica propia y distinta de la administrada, a menudo, una sociedad capitalista. Por consiguiente, en ambos supuestos se altera materialmente la competencia sobre el nombramiento de quienes se encargan de la gestión (los gestores mediatos), desplazándose al ente gestor. Con esta práctica se aleja a los socios ajenos al grupo que controla al ente administrador de la gestión de la compañía, pues se les impide intervenir directamente en cuanto ocurra en la esfera jurídica de la persona jurídica²⁸². Además, sus derechos políticos tutelan su posición jurídica en la sociedad de la que son socios, pero no se extienden al ente complementario. En segundo lugar, la KGaA cuyo socio colectivo es una persona jurídica permite el blindaje de los responsables de la gestión de la complementaria, por diferentes vías. Por ejemplo, su mandato no está sometido

²⁸² BINZ, M. K., SORG, M. H., *Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht*, cit., p. 549.

a un plazo de duración y, además, su separación no se produce *ad nutum*, sino que requiere la concurrencia de justa causa²⁸³.

Las figuras híbridas representan una forma social adecuada a la empresa familiar y poseen especial utilidad frente a la salida a los mercados de capitales, por cuanto permiten a los socios fundadores u originarios retener el control de la sociedad. Ello se logra a través de la administración por medio del ente que ostenta la condición de socio colectivo y que es, a su vez, controlado por este grupo²⁸⁴. En tales casos, se trata, por lo general, de una figura de tránsito, como estadio intermedio en el proceso de expansión empresarial, hasta su culminación con la transformación en sociedades anónimas. En la misma línea, el blindaje del núcleo de control a través de un socio colectivo que adopte la forma de sociedad cerrada y el escaso poder de los socios externos frente a los gestores, las dota de resistencia frente a las tomas de control²⁸⁵. En cuanto a su atractivo inversor, parece que ésta puede resultar menos interesante para inversores institucionales e inversiones a corto plazo, pero en cambio atractiva para el mantenimiento de la participación a medio o largo plazo²⁸⁶.

En este contexto, la libertad de configuración tipológica es amplia y permite atender a las necesidades de cada particular forma de empresa. Así, por ejemplo, la combinación de una sociedad anónima con una sociedad comanditaria por acciones se orienta a iniciativas empresariales de mayor envergadura. Ello le permite desmarcarse del tipo comanditario simple,

²⁸³ SETHE, R., *Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang: die reformierte KGaA als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen*, Köln, Schmidt, 1996, p. 156. OTTE, D., *Die AG & Co. KgaA. Eine Rechtsformstudie*, cit., p. 48.

²⁸⁴ Aun a pesar de su postura inicialmente contraria, valoran estas características en contraste con la *Aktiengesellschaft*, BINZ, M. K., SORG, M. H., “Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis?”, *DB*, 6 (1997), pp. 313-325, en particular, p. 314.

²⁸⁵ OTTE, D., *Die AG & Co. KgaA. Eine Rechtsformstudie*, cit., p. 35.

²⁸⁶ OTTE, D., *Die AG & Co. KgaA. Eine Rechtsformstudie*, cit., pp. 50-51.

asociado en la idiosincrasia empresarial alemana a la pequeña empresa²⁸⁷. Para reforzar el blindaje del núcleo de control, cabe la posibilidad de colocar a un ente de base patrimonial como socio colectivo, generalmente, una fundación, lo que daría pie a la “*Stiftung & Co KGaA*”. En este caso, la ausencia de socios o miembros limita el riesgo de salidas patrimoniales como consecuencia de la separación y, de esta forma, si la fundación se encuentra suficientemente dotada patrimonialmente, la protección de los acreedores se ve reforzada²⁸⁸. Por otra parte, se ha cuestionado la admisibilidad de las llamadas sociedades comanditarias por acciones de doble escalón (*doppelstöckige KGaA*). Se trata de sociedades comanditarias por acciones cuyos socios colectivos sean, a su vez, sociedades del mismo tipo, lo que genera un doble escalón²⁸⁹. Con ellas aparece el riesgo de creación de figuras espirales mediante las que diluir la responsabilidad, no ya sólo limitándola para el socio colectivo, sino eludiendo la constancia de la identidad de personas físicas.

Por último, los riesgos para los socios ajenos a la complementaria se han enfrentado en la doctrina y jurisprudencia a través de la construcción de un régimen fiduciario a cargo de los gestores del ente. Así, en ausencia de disposiciones normativas expresas, doctrina y jurisprudencia han elaborado ciertas pautas para la extensión de los deberes fiduciarios a los llamados gestores *mediatos*, cuyos resultados pueden ser de utilidad a los modelos que siguen el ejemplo francés. Así, por ejemplo, existe acuerdo generalizado en que la prohibición de competencia se extiende al ente gestor como persona jurídica,

²⁸⁷HOMMELHOFF, P., “Anlegerschutz in der GmbH&Co. KGaA”, cit., pp. 20-21. OTTE, D., *Die AG & Co. KGaA. Eine Rechtsformstudie*, cit., pp. 56-57.

²⁸⁸GEHRKE, M., *Die Stiftung & Co. KGaA im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997, p. 107.

²⁸⁹SCHMIDT, K., “Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?”, cit., p. 265.

así como a los miembros de su órgano de administración²⁹⁰. En cambio, por lo general, tales obligaciones no se extienden a los socios del ente²⁹¹.

2.2. La sección 156 de la *Companies Act* de 2006 y sus proyectadas excepciones

En el año 2015, la *Small Business, Enterprise and Employment Act* derogó la sección 155 de la *Companies Act* de 2006, eliminando la tradicional admisión de los *corporate directors*. Ahora, la sección 156A CA 2006 dispone que sólo una persona natural puede ser designada administrador, aunque se mantiene la excepción para las *corporation sole* (sec. 156A(2) CA 2006)²⁹². Asimismo, se establece que el nombramiento de una persona jurídica como administrador será reputado nulo (sec. 156A (3) CA 2006). Sin embargo, se observa la preocupación del legislador de que la prohibición no se utilice para obstaculizar la aplicación de la figura del administrador de hecho y el administrador oculto. Por este motivo, establece que la sección 156 no afecta a la responsabilidad de una persona, de acuerdo con cualquier disposición de la *Companies Act* o de otra norma legal, que se derive de su actuación como

²⁹⁰ A partir de la ya citada BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = ZIP 23 (1997), 1027. IHRIG, H-C., SCHLITT, M., “Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ vom 24.2.1997 - organisationsrechtliche Folgerungen”, ULMER P. (ed.), *Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392: die Tragweite des Beschlusses und seine Bedeutung für die Kautelarpraxis. Kolloquium der Wolfgang-Schilling-Stiftung am 14.11.1997*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft. Behefte der ZHR, 1998, pp. 33-83, en particular, p. 49. PRIESTER, H-J., “Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär”, cit., p. 256. SCHMIDT, K., “Zehn Jahren GmbH & Co KGaA – Zurechnungs- und Durchgriffsprobleme nach BGHZ 134, 392”, cit., p. 703.

²⁹¹ IHRIG, H-C., SCHLITT, M., “Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ vom 24.2.1997 - organisationsrechtliche Folgerungen”, cit., p 49, ni siquiera en caso de influencia dominante.

²⁹² Sobre el regimen vigente, FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, 3^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 437. El cambio de criterio ha venido marcado por la postura del Informe *Transparency and Trust: Enhancing the transparency of UK Company ownership and increasing trust in the UK business – Government Response* (BIS, April 2014).

director –en referencia a la figura del *de facto director*– o que actúe como administrador oculto (sec. 156A (4) CA 2006).

A pesar de la prohibición, el legislador de la reforma es consciente tanto del arraigo de los *corporate directors*, como de las ventajas operativas que introducen. Por esta razón, la sección 156B CA 2006 faculta a la Secretaría de Estado para establecer excepciones a la prohibición general, dictando aquellos supuestos en los que sujetos distintos de la persona natural podrán ser designados administradores. En tales casos, las disposiciones de desarrollo de la sección 156B deberán exigir que la sociedad cuente, al menos, con un administrador que sea una persona natural (sec. 156(B) CA 2006). De este modo, las excepciones a la prohibición quedan sujetas al régimen anterior a la reforma (ex sec. 155 CA 2006).

Por lo que respecta a las razones del cambio de criterio, parece que la reciente prohibición puede asociarse con los resultados insatisfactorios de una corriente jurisprudencial iniciada en el referido caso *Hydrodan* y mantenida en los asuntos *Hall* y *Holland*²⁹³. Se trata de tres célebres sentencias en las que los gestores mediatos han eludido la responsabilidad derivada del cargo de administrador mediante la interposición de un *corporate director*, cuyo análisis se remite al capítulo siguiente.

IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

La admisión o prohibición del administrador persona jurídica depende de una decisión de política jurídica adoptada por el legislador en cada ámbito de

²⁹³ *The Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall, John Andrew Henry Nuttall* [2006] EWHC 1995 (Ch) [2006 WL 2049713] y *Michael Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another*, 24 de noviembre de 2010, UKSC 51 [2010 WL 4689481].

competencia, a partir de la discusión dogmática iniciada en las últimas décadas del siglo XIX. Los argumentos a favor y en contra del instituto se reproducen en los ordenamientos incluidos en el análisis, aunque las diferentes coordenadas normativas contribuyen a explicar resultados interpretativos divergentes. Los argumentos han estado presentes, de un modo u otro, en la *mens legislatoris* y, según el posicionamiento imperante en cada momento, han inclinado la balanza en favor de la administración de sociedades por personas jurídicas o han justificado su prohibición. Como resultado, la legislación societaria de la mayoría de estados examinados admitirá o prohibirá que el cargo de administrador en una sociedad de capital sea ocupado por personas jurídicas.

Por su parte, el sistema de gobernanza societaria estadounidense no aporta elementos para el análisis comparado, más allá de la experiencia de los contratos de *management* y la teoría de la *abdication of authority*. En Europa, el administrador persona jurídica ha sido considerado uno de los potenciales factores de competencia regulatoria entre los Estados miembros. Sin embargo, el arraigo de la prohibición en Derecho alemán o la inactividad del legislador italiano han limitado el efecto procompetitivo del artículo 47.1 RESE. Aun así, el hecho de que la reforma de la *Companies Act* haya considerado oportuno analizar la viabilidad de introducir excepciones a la prohibición, pone nuevamente de manifiesto este carácter.

Por su parte, los sucesivos textos de ámbito europeo han oscilado entre soluciones de influencia francesa y la prohibición alemana, decantándose en última instancia por remisiones al Derecho nacional. Entre los ordenamientos nacionales, se impone el modelo introducido por la reforma societaria francesa de 1966, mantenido en el ordenamiento galo para las sociedades anónimas y acogida expresamente por Bélgica y España. También es la solución preferida

por las autoridades notariales italianas y un sector de la doctrina, mediante una forzada extensión analógica del artículo 47.1 RESE. Ante esta práctica, el legislador italiano debería replantear una intervención legislativa en el *codice* que recogiera expresamente el modelo arraigado en la práctica y ofreciera nuevo impulso doctrinal al régimen del representante permanente.

Por lo que respecta al diseño legislativo, la admisión plantea siempre dudas en relación con los sujetos que desempeñen efectivamente el cargo y el modo de hacer valer frente a ellos las obligaciones anudadas a la titularidad orgánica. Así ocurre en los modelos basados en un solo representante, pero también en la SAS francesa o en la comanditaria por acciones alemana. La *société par actions simplifiée* revela el arraigo de la figura del representante permanente y constituye un indicio de que este modelo aleja la responsabilidad de los gestores mediatos. Por su parte, el modelo alemán de las sociedades comanditarias por acciones aporta los esfuerzos dogmáticos por determinar la responsabilidad de los gestores mediatos.

El análisis comparado pone de manifiesto dos elementos a tomar en consideración en capítulos siguientes. Por un lado, sólo en Francia y Alemania se aprecian argumentos de orden tipológico en el debate sobre la admisión de la figura. En Alemania, la posibilidad de que el socio colectivo sea una persona jurídica denota una comprensión marcadamente personalista del tipo y es denunciado por quebrar la uniformidad de soluciones en el Derecho alemán de sociedades capitalistas. Por su parte, la doctrina italiana no encuentra argumentos que fundamenten una solución divergente para las sociedades capitalistas. En segundo lugar, el análisis permite anticipar las dudas en torno al estatuto de los llamados gestores mediatos. Ya en esta primera fase del estudio parece que, en los sistemas de influencia francesa, la figura del representante permanente aleja las reclamaciones de responsabilidad frente a

los titulares de la gestión del ente. En el caso alemán, se aprecian dificultades a la hora de imputar a los gestores mediatos las obligaciones y responsabilidades adscritas al cargo.

CAPÍTULO III – ESTRATEGIAS DE POLÍTICA JURÍDICA (II): EL ADMINISTRADOR *DE HECHO* PERSONA JURÍDICA

I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

Los dos capítulos anteriores se han construido sobre sendas premisas, a saber, la especificidad del supuesto de hecho (*administrador persona jurídica*) y su consideración como una cuestión de política legislativa. La primera de ellas ha permitido delimitar la figura objeto de estudio con respecto a supuestos funcionalmente análogos, pero formalmente distintos. Por otro lado, a partir del criterio acogido por cada legislador, ha sido posible establecer una clasificación instrumental de las soluciones previstas en los ordenamientos incluidos en el análisis. Sobre la base de los resultados obtenidos, el presente capítulo pone en conexión las anteriores premisas, con el fin de analizar la relación entre el modelo legislado y el tratamiento de la responsabilidad de los sujetos que intervienen, a saber, el ente gestor, la persona física representante y los gestores mediatos. En primer lugar, frente a la definición acogida en el capítulo primero, cabe entender que el supuesto de hecho (una persona jurídica en la gestión de la compañía) pueda manifestarse aun en ausencia de título formal a cargo del ente gestor. En efecto, teniendo en cuenta que, a menudo, la actividad económica se organiza a través de personas jurídicas y que la teoría orgánica permite imputar actos de gestión a tales entes, el Derecho de sociedades (también el Derecho concursal y de la presinsolvencia) se encontrarán, a menudo, en la tesitura de corregir desviaciones en la gestión y dirección empresarial imputables a personas jurídicas.

El presente capítulo pretende ofrecer una perspectiva comparada del modo en que el régimen legislado influye en la imputación de responsabilidad derivada de la gestión a las personas jurídicas. Para ello, se propone explorar la institución del administrador de hecho en su aplicación a entes y, según el modelo normativo examinado, también al representante permanente o a los gestores mediatos. De este modo, una vez analizadas las soluciones nacionales de forma aislada, se hace necesario valorar cada una de ellas en su concreto contexto normativo. La interdependencia del régimen legislado y su tratamiento por los operadores jurídicos (esencialmente, la función jurisdiccional) permite anticipar conclusiones asimétricas²⁹⁴. Se trata de determinar, si más allá de una mera decisión de política legislativa, el reconocimiento del administrador persona jurídica y el concreto modelo normativo acogido poseen implicaciones en el tratamiento de la responsabilidad. Asimismo, procede averiguar si existen diferencias significativas entre los ordenamientos comparados y, en tal caso, si alguno de ellos se perfila como más satisfactorio, de forma que los resultados que arroje cada sistema resulten útiles a otros modelos.

En primer lugar, se repasan los presupuestos conceptuales de la administración de hecho, distinguiendo entre las categorías de administrador efectivo, pero carente de título válido y la propia de administrador oculto o en la sombra (*shadow director*). Seguidamente, se aborda la aplicabilidad de las referidas doctrinas a los entes que asuman posiciones gestoras en la compañía. Finalmente, se examina el tratamiento de las personas físicas relacionadas con el instituto, a saber, los gestores mediatos y el representante del administrador persona jurídica.

²⁹⁴ KIRCHNER C., PAINTER, R. W., KAAL, W. A., “Regulatory Competition in EU Corporate Law after *Inspire Art*: Unbundling Delaware’s Product for Europe”, *ECFR*, 2-2 (2005), pp. 159-206, en concreto, p. 178.

II. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES: ADMINISTRADOR DE HECHO V. ADMINISTRADOR OCULTO

La construcción de la administración de hecho combina elementos de trasplante jurídico con la elaboración doctrinal y jurisprudencial propia de cada uno de los ordenamientos incluidos en el análisis. Como resultado, en la actualidad, nos situamos ante distintos grados de evolución de la noción y también asimétricos grados de aplicación. Siguiendo la consolidada jurisprudencia británica, el estudio parte de la consideración de tres categorías de administrador, *de iure*, *de facto* y oculto (*shadow director*)²⁹⁵. La primera se refiere a aquellos titulares fiduciarios que ocupen el cargo bajo un nombramiento formalmente válido, mientras que las otras dos, administrador de hecho y oculto, plantean serios problemas de conceptualización.

Como presupuesto del análisis siguiente, es necesario recordar que, en el Reino Unido, los tribunales han ido perfilando los criterios para calificar a un sujeto como administrador de hecho, en sentido amplio. Para ello, han utilizado diferentes tests, sobre los que ha ido evolucionando la jurisprudencia²⁹⁶. En primer lugar, se manejó el conocido como *holding out test*, fundado en la apariencia, según el cual, sería administrador de hecho aquél que se comportara como si fuera administrador de la compañía. De este modo, su conducta en el tráfico debía conducir a los terceros a identificarlo como el titular del poder de

²⁹⁵ A partir del célebre asunto *Re Hydrodan (Corby) Limited*, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161.

²⁹⁶ Para un repaso de los sucesivos tests en este país, NOONAN, C., WATSON, S., “Examining Company Directors through the Lens of De Facto Directorship”, *J.B.L.*, 7 (2008), pp. 587-626, en concreto, p. 606. GRIFFIN, S., “Evidence justifying a person's capacity as either a de facto or shadow director: *Secretary of State for Trade and Industry v Becker*”, *Insolv. L.*, 3 (2003), pp., 127-131, en concreto, p. 128.

empresa. Más tarde, el primer criterio fue sustituido por el llamado *equal foot test*, exigiéndose que el declarado responsable actuara en pie de igualdad con los demás titulares orgánicos²⁹⁷. En relación con el administrador persona jurídica, reviste importancia el conocido como *hat identification* o test de la *capacity*. Este criterio es particularmente adecuado para los supuestos en que el sujeto a quien se quiere atribuir la condición de administrador fáctico ocupe un cargo en otra persona jurídica, es decir, se trate de un gestor mediato (el administrador de un *corporate director*). En tales casos, el *hat identification* consiste en determinar en qué concreto papel (*capacity*) actuaba el sujeto en relación con la sociedad respecto de la cual se le quiere calificar como administrador de hecho. Los autores aprecian un nuevo giro jurisprudencial a partir del caso *Kaytech*²⁹⁸. Desde entonces, los tribunales proponen determinar la condición de administrador de hecho indagando en la estructura de gobernanza societaria. La labor del tribunal consistirá en establecer el papel del concreto sujeto en el esquema societario, dilucidando si, por su posición, los administradores efectivos debían respetar sus instrucciones (mereciendo la calificación de administrador oculto) o, en cambio, podía ejecutar materialmente las competencias que la ley atribuye a los titulares orgánicos (siendo entonces calificados como administrador *de facto*)²⁹⁹. Este test implica

²⁹⁷ NOONAN, C., WATSON, S., “Examining Company Directors through the Lens of De Facto Directorship”, cit., p. 608. NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, *J.B.L.*, 8 (2006), pp. 763-798, en particular, p. 769.

²⁹⁸ *Re Kaytech International plc. Potier v. Secretary of State for Trade and Industry, Secretary of State for Trade and Industry v. Solly*, Court of Appeal (Civil Division), 30 November 1998, [1999] B.C.C. 390. El caso discute la inhabilitación de un sujeto que prestó asistencia al socio fundador durante la constitución de la compañía, presentándose en más de una ocasión como administrador y ejecutivo de la sociedad, aunque, profesionalmente, se dedicaba a la prestación de servicios de constitución de compañías.

²⁹⁹ En la jurisprudencia, *Smithton Ltd (formerly Hobart Capital Markets Ltd) v. Naggar*, A3/2013/2488, Court of Appeal (Civil Division), 10 de julio de 2014 [2014 WL 3002704], Mgs. 59-62. También *Edward Christopher Wetton (As Liquidator of Mumtaz Properties Limited) v.*

que el juzgador debe prestar atención a la concreta relación de un sujeto con la sociedad respecto de la cual se predica su condición de administrador. Así, a partir de Kaytech, se propugna tomar en consideración todas las circunstancias relevantes³⁰⁰.

En la labor de construcción de los anteriores tests, algunas decisiones jurisprudenciales han admitido cierto solapamiento en las figuras, erosionando la autonomía conceptual entre el administrador oculto, en sentido estricto, y el administrador fáctico³⁰¹. En ocasiones, la jurisprudencia no ha tratado indistintamente ambas figuras, propiciando una corriente doctrinal que aboga por el abandono definitivo de la dicotomía, sobre la base de su escasa utilidad práctica, en comparación con las notables dificultades dogmáticas³⁰². Con todo,

Saeed Ahmed, Shafiq Ahmed, Mumtaz Ahmed, Munir Ahmed, Zafar Ahmed, Case No: A2/2010/2151 & 2905. Entre los autores, GRIFFIN, S. “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, *Insolv. Int.*, 24-3 (2011), pp. 44-47, en concreto, p. 45. Críticos, YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, cit., p. 584.

³⁰⁰ Re Kaytech International plc. Potier v. Secretary of State for Trade and Industry, Secretary of State for Trade and Industry v. Solly, Court of Appeal (Civil Division), 30 November 1998, [1999] B.C.C. 390, p. 402, donde se concluye la necesidad de tomar en consideración todas las circunstancias relevantes. GRIFFIN, S., “Establishing the liability of a director of a corporate director: issues relevant to disturbing corporate personality”, *Comp. Law.*, 34-5 (2013), pp. 135-145, en particular, p. 136. NOONAN, C., WATSON, S., “Examining Company Directors through the Lens of De Facto Directorship”, cit., pp. 610-611. La idea está presente en la doctrina comparada, Así, en Alemania HAAS, U., ZIEMONS, H., “§ 43 GmbHG”, MICHALSKI, L., *GmbHG*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2010, pp. 464-680, en concreto, p. 488. En Francia, DEDESSUS-LE-MOUSTIER, N., “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 3 (1997), pp. 499-521, en particular, p. 508.

³⁰¹ Se aprecia, por ejemplo, en Smithton Ltd (formerly Hobart Capital Markets Ltd) v. Naggar, A3/2013/2488, Court of Appeal (Civil Division), 10 de julio de 2014 [2014 WL 3002704]. También en Re Kaytech International plc. Potier v. Secretary of State for Trade and Industry, Secretary of State for Trade and Industry v. Solly, Court of Appeal (Civil Division), 30 November 1998, [1999] B.C.C. FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, cit., p. 437.

³⁰² Admiten el solapamiento, AA.VV., BIRDS, J. (ed.), *Annotated Company Legislation*, cit., p. 245. GRIFFIN, S. “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, cit., p. 46. Admite cierta coincidencia, Re Kaytech International plc. Potier v. Secretary of State for Trade and Industry, Secretary of State for Trade and Industry v. Solly, Court of Appeal (Civil Division), 30 November 1998, [1999] B.C.C. 390, p. 402; HANNIGAN, B. M., *Company Law*, 3ª ed., Oxford. Oxford Univeristy Press, 2012, p. 148. En

la norma mantiene la separación conceptual, todavía plasmada en las secciones 250 y 251 de la *Companies Act* de 2006 o la sección 6 de la *Company Directors Disqualification Act* de 1986³⁰³.

La dualidad existente entre administrador de hecho y oculto, ha estado presente en la doctrina española, pues, por lo general, los autores han manejado una noción amplia de administración fáctica, que incluiría también al denominado administrador indirecto u oculto³⁰⁴. Por lo que respecta a su

la jurisprudencia, Michael Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another, 24 de noviembre de 2010, UKSC 51 [2010 WL 4689481].

³⁰³ En la doctrina, CAMPBELL, N. R., "Liability as shadow director", *J.B.L.*, 11 (1994), pp. 609-614, en concreto, p. 610. La distinción también se mantiene en, *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2001] Ch. 340 (CA (Civ Div)), p. 3690, Mg. 53.

³⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 338. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *RdS*, 20 (2003), pp. 67-109, en concreto, p. 102. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, pp. 46-47. FUENTES NAHARRO, M., "Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades", AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 289-310, en concreto, p. 308; ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., "Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo", *RdS*, 29 (2007), pp. 19-37 [versión electrónica], en concreto, p. 14/28. Téngase presente que, entre nosotros, se ha admitido una modalidad de administración oculta basada en presentarse frente a los terceros bajo un título distinto del propio de administrador, PERDICES HUETOS, A. B., "Significado actual de los *administradores de hecho*: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2011 (RJ 2001, 7489)", *RdS*, 18 (2002), pp. 277-287, en particular, p. 284-285; LATORRE CHINER, N., "Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)", *RdS*, 32 (2009), pp. 389-398, en concreto, pp. 393-395. Tras la Ley 31/2014, SANCHO GARGALLO, I., "La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)", RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 613-632, en concreto, pp. 618-620 y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., "Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad –el régimen contenido en los artículos 212, 236 y 237 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma de la Ley me mejora del gobierno corporativo", MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 735-764, en concreto, p. 752. Reticente a aceptar esta modalidad, LATORRE

aplicación jurisprudencial, no siempre aparece reflejada en los pronunciamientos³⁰⁵. En todo caso, el binomio ha sido definitivamente institucionalizado por la definición que proporciona el artículo 236.3 LSC, en el que la expresión administrador de hecho posee un doble significado, incluyendo tanto a quien desarrolle las funciones sin título válido, como a aquella persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores³⁰⁶.

En la norma española, la definición del administrador de hecho incorpora al administrador oculto, asemejándose a la recogida en la sección 251 CA 2006. En ella se establece que será administrador oculto aquél cuyas instrucciones sigan habitualmente los administradores. Sin embargo, entre ambos preceptos se aprecia una diferencia, por cuanto la nota de habitualidad o continuidad (*accostumed to*) en el seguimiento de las instrucciones por parte de los administradores no ha sido recogida por la Ley de Sociedades de Capital. Su exigencia también es controvertida en el Reino Unido, dado que algunos autores entienden que las instrucciones deben ser seguidas regularmente, mientras que, para otros, basta una actuación puntual³⁰⁷.

CHINER, N., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *RDM*, 253 (2004) pp. 853-900, en concreto, p. 887.

³⁰⁵ Extremo no siempre claro en la jurisprudencia. Contrástese la SJP núm. 1 de Pamplona (Provincia de Navarra), de 14 de marzo de 2014 (núm. 83) [ARP 2014/44] donde se imputa a un representante permanente de una persona jurídica administrador la condición de administrador de hecho derivada de sus funciones en el ejercicio del cargo, así como de administrador *de iure* por mor de un contrato de gestión empresarial. La descripción de los hechos probados sugiere la ilegalidad del contrato de gestión concluido por acumulación de funciones de gestión de la empresa social. Se aprecia también cierto solapamiento entre las figuras en la SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 16 de julio de 2015 (núm. 318) [JUR 2015\196022].

³⁰⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 338. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 752.

³⁰⁷ La nota de habitualidad está presente en *Re Hydrodan (Corby) Limited*, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 163. En el primer sentido, HADJINESTOROS, E., “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, *Comp. Law.*, 33-11 (2012), pp. 331-337, en concreto, p. 332. En el segundo sentido, DE LACY, J., “The Concept of a Company Director: Time for a New Expanded and Unified Statutory Concept”, *J.B.L.*, 3 (2006), pp. 267-299, en especial,

La calificación de un sujeto como administrador oculto requiere la previa determinación de las personas que ejercitan efectivamente las funciones de administrador en la compañía, sea el administrador *de iure* o los gestores *de facto*, ya que éstos serán quienes sigan las instrucciones del *shadow director*³⁰⁸. El sujeto a quien se impute la condición de administrador oculto deberá emitir instrucciones vinculantes para aquéllos, de forma que será necesario acreditar su existencia y efectivo seguimiento³⁰⁹. El respeto a las instrucciones vendrá determinado por la relación que vincule a los administradores (*de iure* o *de facto*) con el emisor de las directrices. A su vez, ello puede depender de la vinculación entre la sociedad cuyos administradores sigan las instrucciones y el administrador oculto o la persona jurídica en la que éste ostente su cargo. En este punto reside el elemento más sensible de la administración oculta. La relevancia de los vínculos jurídicos que subyacen en la sociedad administrada y, en su caso, en el ente desde el que se emiten las instrucciones, plantea un riesgo de desconocimiento de la personalidad jurídica (si se quiere, de ignorancia del *Trennungsprinzip* o de la doctrina *Salomon v. Salomon*)³¹⁰. Pero, además, esa relación jurídica a menudo tendrá naturaleza societaria y, en un buen número de casos, nos situará ante alguno de los supuestos del artículo 42.1 Cdc. Y es que, en algunos ordenamientos, tales como Italia o Alemania,

p. 279. No considera que se trate de un criterio absoluto, HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, cit., p. 141. En la jurisprudencia española, SJM núm. 1 de Málaga, de 31 de marzo de 2014 [JUR 2014\228693] considera que, en sede de insolvencia, basta una única actuación estratégica.

³⁰⁷ Re Hydrodan (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 163, seguido por la mayoría doctrinal. NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 769.

³⁰⁸ Re Hydrodan (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 163, seguido por la mayoría doctrinal. NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 769.

³⁰⁹ Re Hydrodan (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 163.

³¹⁰ *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1896] UKHL 1. LARENZ, K. WOLF, M. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München, C. H Beck, 1997, p. 171.

la noción de instrucciones posee carácter normativo y nos remite al Derecho legislado de los grupos de sociedades (art. 2497 y ss. c.c. o § 308 y ss. AktG)³¹¹.

Por lo que respecta al grado de influencia del administrador oculto, tradicionalmente se ha exigido que el sujeto ostente el control y ejerza una influencia dominante sobre el órgano de la administrada³¹². En cuanto al carácter vinculante de las instrucciones, es necesario decantarse por una concepción objetiva, sin que sea necesario que quien alega la condición pruebe que el sujeto que las sigue las entiende como vinculantes³¹³. En este sentido, se espera del juzgador un examen objetivo sobre si la directriz determinaba el curso de la actividad empresarial³¹⁴. En cuanto a su contenido, se está de acuerdo en que las directrices se refieren a materias de política de la

311 Este extremo ha sido también puesto de manifiesto en la doctrina alemana en relación con el texto de compromiso de la SUP. Así, KINDLER, P., “Die Einpersonen-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein: Bemerkungen zum korommissvorschlag der italienischen Ratspräsidentenschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)”, *ZHR*, 2-3 (2015), pp. 330-384, en concreto, p. 363. Puede verse el análisis comparado de LUTTER, M., “Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa”, *ZGR*, 16-3 (1987), pp. 324-369, en particular, p. 359, reconduciendo los supuestos resueltos por la jurisprudencia menor francesa por aplicación de la doctrina del administrador de hecho a personas jurídicas y señalando que, en el caso alemán, la cuestión se habría resuelto por la vía del Derecho de grupos.

312 FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, cit., p. 436.

313 Así, a partir del caso Deverell, los destinatarios de las instrucciones poseen cierto margen de discrecionalidad. *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2001] Ch. 340 (CA (Civ Div)). PAYNE, J., “Casting light into the shadows: Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell”, *Comp. Law.*, 22-3 (2001), pp. 90-91, en particular, p. 90. GRIFFIN, S., “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, cit., p. 45. GRIFFIN, S., “Evidence justifying a person's capacity as either a de facto or shadow director: Secretary of State for Trade and Industry v Becker”, cit., p. 128, HADJINESTOROS, E., “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, cit., p. 331. NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 777.

314 *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2001] Ch. 340 (CA (Civ Div)). GRIFFIN, S., “Evidence justifying a person's capacity as either a de facto or shadow director: Secretary of State for Trade and Industry v Becker”, cit., p. 128.

sociedad³¹⁵, lo que, de nuevo sugiere problemas de conceptualización de la categoría con respecto al Derecho de grupos.

Por lo que respecta a su calificación como administrador oculto o en la sombra (*shadow director*), lo cierto es que la jurisprudencia británica no exige una conducta activamente orientada a la ocultación³¹⁶. La doctrina ha intentado fijar el significado de la actuación en la sombra, considerando que el carácter oculto debe identificarse con la ajenidad a la esfera jurídica de la sociedad administrada. Este extremo hace que resulte difícil para los terceros identificar el origen de las instrucciones³¹⁷.

III. APLICABILIDAD A PERSONAS JURÍDICAS

En los términos en que ha sido definido en el capítulo primero, el supuesto de hecho se identifica con la atribución formal del cargo de administrador una persona jurídica. En tales casos, el ente gestor se somete a las consecuencias civiles derivadas de la titularidad orgánica. Sin embargo, cabe pensar que aquélla no sea el único título de imputación de responsabilidad derivada de gestión a las personas jurídicas, de forma que también aquellos entes no formalmente investidos de tal función se sometan a las consecuencias derivadas de la incorrecta gestión.

³¹⁵ Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2001] Ch. 340 (CA (Civ Div)). HADJINESTOROS, E., “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, cit., p. 332.

³¹⁶ DE LACY, J., “The Concept of a Company Director: Time for a New Expanded and Unified Statutory Concept”, cit., p. 279; AA.VV., BIRDS, J. (ed.), *Annotated Company Legislation*, cit., p. 245. FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, cit., p. 437.

³¹⁷ A partir de Deverell, GRIFFIN, S. “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, cit., p. 46. NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 769.

1. Las tesis afirmativas. Grupos de casos

En el panorama europeo, una mayoría doctrinal se muestra favorable a imputar la condición de administrador de hecho, en sus modalidades de *de facto* y oculto, a las personas jurídicas³¹⁸. Por lo general, aquellos ordenamientos en los que la administración por personas jurídicas es admitida expresamente, aceptan esta posibilidad, como es el caso de Francia o España. Por su parte, en el Reino Unido, la reforma de la *Companies Act* de 2006 ha contemplado expresamente que la prohibición de los *corporate directors* no impide declarar administrador de hecho u oculto a una persona jurídica (sec. 156 CA 2006)³¹⁹.

A nuestro entender, la noción resulta compatible con las personas jurídicas. En primer lugar, la teoría orgánica permite imputar actos de gestión empresarial al propio ente. Sin embargo, la administración *de facto* se refiere al efectivo desempeño de las tareas propias del cargo, esto es, a la ejecución material de actos positivos de gestión. En los modelos basados en un solo representante, aquellos actos de gestión que posean relevancia externa competen a la persona física designada. Por lo demás, será el órgano administrativo de la persona jurídica quien desempeñe aquellas funciones con relevancia interna. Por consiguiente, cabría imputar la condición de administrador de hecho al ente

³¹⁸ Entre nosotros, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit., p. 102. LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Comares, 2003, pp. 98-100. HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, 280 (2011), pp. 133-168, en concreto, pp. 148-149; RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El administrador oculto”, *RDBB*, 138 (2015), pp. 7-48, en particular, pp. 12-13 y 21. En la jurisprudencia, contrástese la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 abril 2016 (núm. 224) [RJ 2016\1232] con BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = ZIP 23 (1997), 1027. En la doctrina alemana, EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 229-230. FLEISCHER, H., “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, *AG*, 10 (2004), pp. 517-528, en particular, p. 528.

³¹⁹ De forma implícita, FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, cit., p. 439.

siempre que la mayoría de miembros de su órgano administrativo asumiera las tareas de gestión que permiten imputar la condición de gestor efectivo o en caso de que el daño se derivara de acuerdos formalmente adoptados por la persona jurídica³²⁰. En esta materia, resultaría de utilidad el mencionado test de la capacidad en la que actuara el sujeto, determinando si, en el concreto caso, el sujeto lo hacía en su condición de gestor mediato, resultando imputables los actos a la persona jurídica. Más probable parece el supuesto de que una entidad no formalmente investida del cargo reciba la calificación de administrador oculto, por ser quien emita directrices que condicionen la gestión empresarial de una sociedad³²¹.

Para indagar en la aproximación flexible a la cuestión, se propone analizar las diversas constelaciones en las que se suscita la consideración de un ente como administrador de hecho, sea en su modalidad de gestor material u oculto.

³²⁰ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Antbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 527-561, en concreto, p. 548 lo admite si la decisión lesiva ha sido adoptada siguiendo las pautas legales. Por su parte, el pleno respeto a la autonomía jurídica de cada una de las entidades, conduce a algunos autores a afirmar que sólo es posible imputar la condición de administrador oculto a un ente si administrador si las directrices proceden de su Junta general, HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, cit., p. 90.

³²¹ En la doctrina francesa, la aproximación es similar a partir de la distinción entre administrador de hecho y administrador fáctico por persona interpuesta, coincidiendo esta última categoría con la idea que manejamos de administrador oculto. Similar, PORACCHIA, D., “Le dirigeant de fait personne morale par l’intermédiaire d’une personne physique administrateur à titre personnel”, *Rev. Soc.* 4 (2006), pp. 900-911, en concreto, pp. 905 y 907.

1.1. Grupos de empresas

En esta sede, se trata de repasar la aplicabilidad del instituto estudiado en el seno de los grupos de empresas. La finalidad no es tanto contribuir al estudio sustantivo de la cuestión, sino de extraer conclusiones sobre esta posibilidad como estrategia de política jurídica. En el marco de los esfuerzos por instituir un Derecho europeo de grupos, se ha contemplado la administración fáctica como posible solución armónica entre los Estados miembros³²². Así, la Propuesta de Novena Directiva sobre Derecho de sociedades, relativa a la conducta de los grupos en los que figure una sociedad anónima como filial, contemplaba la extensión del régimen de responsabilidad de los administradores a aquella empresa que se comportara como si, de hecho, fuera el administrador (art. 9.1 de la Propuesta)³²³. La idea fue recuperada por el *Forum Europaeum Konzernrecht*, tomando como ejemplo una aproximación favorable tanto del Reino Unido, como de Francia. En particular, se proponía combinar la posibilidad de que la sociedad dominante fuera declarada administrador oculto en el supuesto de insolvencia de la dependiente (*wrongful trading*) con la figura del administrador oculto³²⁴. Abandonada la Propuesta de

³²² HOPT, K. J., “Konzernrecht: Die europäische Perspektive”, *ZHR*, 171 (2007), pp. 199-240, en concreto, pp. 236-237. TEICHMANN, C., “Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law”, cit., p. 193. TOMBARI, U., “Il *Diritto dei Gruppi*: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario”, *Riv. Dir. Comm.*, 113-1 (2015), pp. 67-91, en concreto, pp. 88-89.

³²³ Sobre el particular, EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena directiva)”, *CDC*, 5 (1989), pp. 359-417, especialmente, pp. 376-377.

³²⁴ FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS, “Derecho de grupos: por un derecho de los grupos de sociedades”, *RDM*, 232 (1999), pp. 445-576, en concreto, p. 553 y, tomándose como propuesta final, p. 559. También pueden encontrarse una referencia a la posibilidad de que el socio sea calificado como administrador de hecho en una operación vinculada en el Report of the Reflection Group on the future of Company Law, Brussels, April 5th 2011, p. 61.

Directiva, la solución reaparece en la versión original de la Propuesta original relativa a la *Societas Unius Personae*. Su artículo 22 mencionaba la posibilidad de que se consideraran administradores quienes ejercieran las funciones propias del cargo, lo que sugiere que el socio único -generalmente, la sociedad dominante u otra entidad del grupo- merecería tal calificación³²⁵. En el estadio actual, el Derecho europeo de grupos se orienta hacia la construcción de una teoría de las ventajas compensatorias, a partir de la doctrina Rozenblum, sin condicionar los remedios sustantivos o procesales propios de cada Estado miembro³²⁶. Con todo, la administración fáctica en sede de grupos posee mejor acogida en aquellos ordenamientos que no cuentan con un Derecho legislado para esta forma de concentración empresarial. En ellos, no existe un cauce procesal a través del cual accionar responsabilidad frente a la matriz, lo que obliga a recurrir a las acciones ordinarias de responsabilidad (social e individual), alegando la condición de administración fáctica de la entidad.

La condición de administrador fáctico y, en particular, su modalidad de administrador oculto, es susceptible de ser aplicada sobre la entidad dominante del grupo. La doctrina española y comparada ha prestado atención a la delimitación de esta noción con respecto a la dirección unitaria. Como premisa, la mera titularidad o ejercicio de la dirección unitaria no pueden ser identificados con la condición de administrador de hecho de la dominante³²⁷.

³²⁵ BAUER, J., WELLER, P., “Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae”, cit., p. 24. ESTEBAN VELASCO, G., “La Propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae* (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, cit., p. 158, censura la definición por obviar la modalidad aparente (esto es, el administrador fáctico en sentido estricto).

³²⁶ CONAC, P-H. “Directors’ Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”, *ECFR*, 2 (2013), pp. 194-226, en concreto, p. 217.

³²⁷ EMBID IRUJO, J. M., “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *RDM*, 249 (2003), pp. 933-979, en concreto, pp. 974-975; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Administradores sociales y administradores de hecho”, cit., pp. 558-559. HERNANDO CEBRIÁ, L., “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”,

La primera se relaciona con la planificación o coordinación de la empresa de grupo³²⁸. En cambio, la calificación como administrador de hecho de quien ejerce la dirección unitaria se reserva para supuestos patológicos, en los que la injerencia en la gestión cercena toda autonomía del órgano administrativo de otra sociedad del grupo³²⁹. Un sector doctrinal propone verificar si, en cada caso, la sociedad que se encuentra en el vértice del grupo reúne la totalidad de requisitos que se exigen de cualquier sujeto para declararlo gestor de hecho³³⁰. Se trata de una cuestión de hecho resuelta en atención a las circunstancias del caso³³¹, siendo ésta una de las principales críticas que merece la solución ahora analizada³³².

En este contexto, el Reino Unido ha positivizado el riesgo de confusión entre la dirección unitaria y la administración fáctica. Así, la sección 251(3) CA 2006 establece que una persona jurídica (*body corporate*) no debe ser calificada

cit., p. 140. Recientemente, LATORRE CHINER, N., “Administración de hecho derivada de un plan de privatización de empresa”, *RdS*, 46 (2016), pp. 293-308, en concreto, p. 304.

³²⁸ ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, cit., p. 15/28.

³²⁹ EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, p. 250. *Ibidem*, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia”, *RCDI*, 685 (2004), pp. 2379-2416, en concreto, pp. 2403-2408. FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, cit., pp. 264-270. MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, Real Colegio de España, 1999, p. 284. ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 161. DEL VAL TALENS, P., “Aspectos organizativos de los grupos de sociedades en el concurso: información y responsabilidad”, *Crisi dell’impresa e ruolo dell’informazione*, PACIELLO, A. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2016, pp. 390-408, en concreto, pp. 402-406.

³³⁰ ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, cit., p. 18/28.

³³¹ HANNIGAN, B. M., *Company Law*, cit., p. 148.

³³² TEICHMANN, C., “Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law”, cit., p. 193. ULMER, P., “Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern”, *ZHR*, 148 (1984), pp. 391-427, en concreto, p. 527. WIEDEMANN, H., *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 84.

como administradora de hecho en relación con sus dependientes, a los efectos de los capítulos segundo cuarto y sexto -referidos respectivamente, a deberes, operaciones sujetas a la Junta General y a las operaciones del socio-único administrador-, por el mero hecho de que las dependientes estén acostumbradas a actuar de acuerdo con sus directrices o instrucciones. El texto reconoce así la estrecha vinculación entre ambas instituciones y ofrece una pauta interpretativa de acuerdo con la cual el seguimiento de las instrucciones por parte de la dependiente no equivale a que otra entidad de la que emanan instrucciones deba ser calificada como administradora oculta³³³. La excepción no se contempla en la *Insolvency Act*³³⁴, lo que no impediría extender la solución a los supuestos de concurso³³⁵. En este sentido, para imputar la condición de administrador oculto a la sociedad titular del poder de impartir instrucciones se requiere un plus adicional al mero seguimiento de instrucciones³³⁶. Con ello, la *Companies Act* no pretende articular un Derecho sustantivo de grupos, sino evitar que la administración de hecho desincentive la integración empresarial³³⁷.

1.2. Entidades financieras e inversores profesionales

³³³ HANNIGAN, B. M., *Company Law*, cit., p. 148.

³³⁴ NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 763.

³³⁵ HABERSACK, M., VERSE, D. A., “Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?”, *ZHR*, 168 (2004), pp. 174-215, en particular, p. 209.

³³⁶ SCHUBERTH, E-M., *Konzernrelevante Regelungen im britischen Recht*, München, C. H. Beck, 1997, p. 195. Seguido por FORUM EUROPÆUM DERECHO DE GRUPOS, “Derecho de grupos: por un derecho de los grupos de sociedades”, cit., p. 553 y nota 359 *in fine*.

³³⁷ DAVIES, P. L., RICKFORD, J., “An Introduction to the New UK Companies Act”, *ECFR*, 5-1 (2008), pp. 48-71, en concreto, p. 64. TEICHMANN, C., FRÖLICH, A., “Societas Unius Personae (SUP): Facilitating Cross-Border Establishment”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 21-3 (2014), pp. 536-544, en concreto, p. 541, proponiendo la introducción de una limitación análoga a la prevista en la sec. 251 CA 2006.

En segundo lugar, cabe plantear la aplicación de la condición de administrador de hecho a sujetos que, al contratar con la sociedad, se colocan en una especial posición de fortaleza con respecto a ella, que se manifiesta sobre la gestión de la compañía. Así ocurre en relación con los acreedores financieros e inversores profesionales, generalmente en la proximidad a la insolvencia o una vez declarado el concurso de acreedores, aunque también puede verificarse durante la operativa ordinaria de la compañía. Así ocurrirá si la entidad se sitúa en una posición más favorable con respecto a los demás acreedores financieros de la compañía y, en tal medida, concentra cierto poder de decisión sobre la gestión empresarial.

Sin embargo, por lo general, la posición de un acreedor financiero o inversor profesional en la operativa ordinaria no le concede prerrogativas propias de la titularidad orgánica, lo que aleja su calificación como gestor de hecho³³⁸. En cambio, iniciada la insolvencia de la sociedad, el papel del acreedor financiero puede condicionar su tratamiento como administrador de hecho. Por lo general, el acreedor mantiene una actitud activa orientada a supervisar su inversión, bien por ser él mismo acreedor en el procedimiento, bien por intervenir en las operaciones de rescate de la compañía insolvente. En tal medida, el acreedor financiero es titular de un interés legítimo en el seguimiento de la gestión de la compañía en relación con su crédito o la operación en marcha. Las medidas orientadas a proteger su interés son susceptibles de situarlo en una posición de fortaleza sobre la gestión de la que se concluya su condición de administrador.

Entre los indicios a considerar, la participación del inversor en el capital de la sociedad no constituye un elemento relevante. A pesar de ello, será necesario valorar su integración en la estructura de grupo, así como el ejercicio del poder

³³⁸ FLEISCHER, H., “§93 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1336-1455, en concreto, p. 1413.

decisorio que le confiere tal condición. En otros términos, el supuesto ahora examinado puede sugerir problemas de delimitación con respecto a la constelación anterior, por ser la entidad socio de control de la sociedad³³⁹. En segundo lugar, cabe atender a la presencia del propio acreedor financiero en el órgano de administración. A nuestro parecer, el modelo de propiedad y el papel de las entidades financieras en los mercados locales condiciona su presencia en los órganos de administración de las sociedades, tanto en la actividad ordinaria, como en la insolvencia. Por lo que respecta al desarrollo de la operativa gestora, constituye un indicio en este sentido la consulta de las principales decisiones empresariales³⁴⁰.

Por otro lado, cabe atender a los derechos contractuales de información y control que tutelan la posición del acreedor. En ellos, cabría establecer una gradación en la influencia del acreedor financiero sobre la sociedad³⁴¹. En un primer nivel, se situaría la influencia que ejerce el ente por razón de sus relaciones comerciales ordinarias con la sociedad. Ello incluiría aquellas tareas adecuadas para la ejecución del contrato suscrito y que, por lo general, otorgan al acreedor un derecho de información sobre la sociedad, con el fin de realizar un correcto seguimiento de la operación. Esta primera gama de conductas propias de una influencia ordenada encuentra su límite en la invasión de la esfera competencial del órgano de administración³⁴². La designación de un asesor o de una persona vinculada al acreedor, especialmente dedicada al

³³⁹ La idea es sugerida en HADJINESTOROS, E., “Fear of the dark: banks as shadow directors”, *Comp. Law.*, 34-6 (2013), pp. 169-179, en concreto, p. 172.

³⁴⁰ FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1413.

³⁴¹ MÜLLER-FELDHAMMER, R., “Vetragserfüllung und Haftung des Unternehmensberater”, *NJW*, 25 (2008), pp. 1777-1782, en concreto, pp. 1845-1847.

³⁴² Entre nosotros, LATORRE CHINER, N., “Administración de hecho derivada de un plan de privatización de empresa”, cit., p. 301 descarta la administración de hecho en las medidas cuya finalidad es, simplemente, el seguimiento de la financiación.

seguimiento de la operación, debe entenderse incluida en las medidas propias de este primer nivel³⁴³.

En un estadio intermedio aparecerían aquellos supuestos en los que el seguimiento de las operaciones se intensifica mediante la adopción de medidas adicionales de control. En este nivel se situarían *covenants* corporativos que conceden al acreedor financiero un mayor grado de incidencia sobre la gestión empresarial³⁴⁴. Entre ellos se incluyen las previsiones de colocar a personas de confianza de la entidad en el órgano de administración de la sociedad³⁴⁵. Se trata de que la entidad se implique activamente en la gestión de la compañía³⁴⁶. En el tercer nivel nos situaríamos ante aquellos supuestos en los que la entidad toma el control de la sociedad a efectos internos o externos.

En términos generales, cuanto más intenso sea el seguimiento de su interés, mayor es el riesgo de que el acreedor financiero sea considerado administrador fáctico³⁴⁷. No obstante, esta constelación se observa con recelo ante sus posibles implicaciones para el tráfico, esencialmente, para el mercado del

³⁴³ MÜLLER-FELDHAMMER, R., “Vetragserfüllung und Haftung des Unternehmensberater”, cit., p. 1845. BORK, R., “Bankenhaftung wegen Durchsetzung eines konkreten Sanierungsberaters”, *WM*, 39 (2014), pp. 1841-1852.

³⁴⁴ NAVARRO LÉRIDA, M^a S., MANZANEQUE LIZANO, M., “Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico-jurídica”, *RDCP*, 21 (2014), pp. 171-184, en concreto, p. 177. MERCADAL VIDAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, *ADCon.*, 36 (2015), pp. 115-128, en concreto, pp. 124-127. SANDHAUS, J., *Der Kreditgeber als faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 95 y ss.

³⁴⁵ HIMMELSBACH, J., ACHSNICK, R., “Faktische Geschäftsführung durch Banken: Gefahr oder Scheinproblem?”, *NZI*, 7 (2003), pp. 355-360, en especial, p. 360. La presencia de un miembro de la organización del acreedor financiero en el órgano de administración se utiliza como elemento indiciario en el conocido como Worms, resuelto por la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 juin 2006, 04-15.831. PORACCHIA, D., “Le dirigeant de fait personne morale par l’intermédiaire d’une personne physique administrateur à titre personnel”, cit., p. 909.

³⁴⁶ HADJINESTOROS, E., “Fear of the dark: banks as shadow directors”, cit., p. 173. FIDLER, P., “Banks as shadow directors”, *J.I.B.L.*, 7-3 (1992), pp. 97-100, en concreto, p. 99.

³⁴⁷ HIMMELSBACH, J., ACHSNICK, R., “Faktische Geschäftsführung durch Banken: Gefahr oder Scheinproblem?”, cit., p. 358.

crédito y para las operaciones de refinanciación durante la insolvencia. La idea generalizada es que ante el riesgo de que el férreo seguimiento de las operaciones de refinanciación culmine en su declaración como administrador de hecho, el acreedor financiero encuentre un desincentivo a la intervención³⁴⁸. Tales circunstancias han sido atendidas por el legislador español, limitando el riesgo de calificación de una entidad de crédito como administrador de hecho. En concreto, el artículo 93.3.2 LC contiene dos disposiciones. En la primera se excluye de la categoría de persona especialmente relacionada con el deudor a aquellos acreedores que hayan capitalizado sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o un convenio. Seguidamente, se establece que no merecerá la condición de administrador de hecho por las obligaciones que el deudor asuma frente a él. En el primer caso, además, se especifica que la exclusión se extiende al supuesto en que el financiador haya asumido cargos en el órgano de administración.

La *ratio legis* es el favorecimiento de las operaciones de refinanciación, mediante una norma cuya virtualidad efectiva es dudosa. En realidad, la técnica legislativa es similar a la empleada por la sección 251(3) CA 2006. Se trata de instituir un pretendido *safe harbour* para ciertas personas (generalmente, personas jurídicas), indicando que la actuación enmarcada en la concreta relación que mantengan con la sociedad no las convierte en administradoras. En ambos casos y de forma implícita, la norma exige un plus adicional al mero ejercicio de las facultades contractuales. Con todo, las conductas indicativas de la injerencia no pueden cercenar la autonomía del órgano administrativo del deudor al amparo del artículo 93.3.2 LC.

³⁴⁸FERRAN, E., *Principles of Corporate Finance Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 345. HADJINESTOROS, E., “Fear of the dark: banks as shadow directors”, cit., p. 174.

1.3. Otras relaciones contractuales

Ciertas relaciones contractuales colocan a la contraparte en una especial posición de fortaleza con respecto a una sociedad. Excepcionalmente, la parte contractual con mayor poder de negociación puede intervenir en la gestión de la compañía, mereciendo la calificación de administrador de hecho. Tales circunstancias pueden manifestarse en relación con contratos de colaboración empresarial. Así, por ejemplo, una excesiva injerencia del franquiciador sobre la esfera organizativa del franquiciado ha permitido imputar al primero esta condición³⁴⁹. Por otro lado, la declaración como administrador de hecho del cuentapartícipe se ha fundado en una posición de clara fortaleza contractual, de la que esta parte se sirve para aprovechar la iliquidez del gestor y proceder a la liquidación de las cuentas en participación, así como a concluir ulteriores operaciones utilizando el haber social³⁵⁰. En sentido estricto, también se incluyen en esta categoría los apoderamientos voluntarios conferidos a personas jurídicas, lo que nos sitúa ante la figura del director general persona jurídica³⁵¹. Por último, los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios de asesoramiento profesional pueden plantear dudas en el sentido apuntado. Generalmente, el asesor profesional no asume competencias de orden gestor, lo que lo aleja del supuesto que analizamos³⁵².

³⁴⁹ Cour d'Appel Toulouse, 2e ch., 30 juin 1997, n. 357. Críticos, COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, 26^a ed., Paris, LexisNexis, 2013, p. 774 .

³⁵⁰ SJM núm. 1 de Málaga, de 31 de marzo de 2014 [JUR 2014\228693].

³⁵¹ El juez establece que constituye una sustitución del órgano de administración por la entidad, aunque formalmente siga habiendo un administrador SAP Madrid (Sección 14), de 1 de diciembre de 2010 (núm. 32) [JUR 2010\128706].

³⁵² MÜLLER-FELDHAMMER, R., “Vetragserfüllung und Haftung des Unternehmensberater”, cit., p. 1782. FLEISCHER, H., “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, cit., p. 527. FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1413. BERTSCHINGEN, U., “Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft”, VON DER CRONE, C. H., WEBER, R. H., ZÄCH, R., ZOBL, D. (eds.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2003,

La diferente aproximación a la cuestión en los ordenamientos que cuentan con un régimen legislado en materia de grupos puede ilustrarse mediante el ejemplo de los contratos de gestión empresarial en Alemania. Se trata de figuras contractuales funcionalmente próximas al administrador persona jurídica, que se conciben en este ordenamiento como alternativas frente a la prohibición. Sin embargo, en los supuestos en que el gestor empresarial concentra un poder excesivo sobre la sociedad gestionada, la cuestión no se resuelve imputándole la condición de administrador de hecho, sino por la vía del Derecho de grupos. En efecto, la doctrina alemana ha prestado especial atención a la posible incardinación de los *Betriebsführungsverträge* en la categoría de contratos sobre la empresa *ex* §292 AktG (en cuya regulación se incluye el contrato de dominio) o a los referidos como otros contratos de empresa (*Andere Unternehmensverträge*) del §292 AktG. En particular, se debate la aplicabilidad de las garantías adicionales previstas en la *Aktiengesetz*, a saber, la exigencia de forma escrita y solemne, el informe de los administradores y del experto independiente, el acuerdo de la Junta general con mayoría de dos tercios del capital para su aprobación y la inaplicación del régimen de modificaciones estatutarias previa adopción del acuerdo (§§ 293 a 293g AktG)³⁵³.

En este punto, un sector doctrinal sostiene la aplicación analógica de las referidas medidas al contrato de gestión, siempre que la gestionada sea una sociedad anónima, atendidas las similitudes con los demás contratos de empresa. A ello debe añadirse que la relación de contratos recogida en el §292

pp. 455-477, en concreto, p. 458. Exige injerencia sistemática en estos supuestos, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El administrador oculto”, cit., p. 32.

³⁵³ Sobre la aplicabilidad de garantías adicionales (forma notarial, publicidad reforzada y acuerdo de la Junta general) para la conclusión de un contrato de grupo entre nosotros, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, pp. 74-79.

AktG no es taxativa y debe considerarse un *numerus apertus*³⁵⁴. En sentido opuesto, algunos autores rechazan la extensión analógica de las referidas garantías por distintas razones. Por un lado, mantienen que el elemento definitorio de los contratos sobre la empresa a los que se refiere la *Aktiengesetz* es la alteración que producen sobre la estructura jurídica de la sociedad. Según esta postura, esta circunstancia no se daría en el contrato de gestión, por lo que no se justifica la protección adicional a socios y acreedores en los términos expuestos. Un argumento igualmente en contra de la inclusión del contrato de gestión en el ámbito de aplicación de la *Aktiengesetz* es que su conclusión no genera una traslación del riesgo, pero tampoco de las oportunidades de negocio, que permanecen en la entidad gestionada³⁵⁵.

Un perfil particular de este problema se refiere a la posibilidad de que un contrato de gestión oculte, en realidad, un contrato de dominio (*Beherrschungsvertrag*) del §291 AktG. En efecto, a través del contrato de gestión es posible que una sociedad asuma de manera fáctica la dirección de otra, al ostentar la facultad de impartir instrucciones a sus administradores, de forma análoga a lo que ocurre un contrato de dominio³⁵⁶. En concreto, parece que debe recelarse de que la conclusión de este contrato intente eludir el estricto régimen de la *Aktiengesetz* si, en su virtud, la sociedad dominante asume las

³⁵⁴ Así, ALTMEPPEN, H. “§ 291 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 2ª ed, vol. 5, C. H. Beck, München, 2008, pp. 359-412, en particular, p. 404, aboga por la aplicación analógica, desechando su identificación con el contrato de cesión. SCHMIDT, K., “Betriebspacht, Betriebsüberlassung und Betriebsführung im handelsrechtlichen Stresstest”, *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München C. H. Beck, 2013, pp. 1503-1070, en concreto, p. 1066. PRIESTER, H-J., “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, cit., p. 885 pone especial énfasis en una aplicación analógica, pero no automática.

³⁵⁵ WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, cit., p. 666.

³⁵⁶ KORT, M., “§ 76 AktG”, cit., p. 183. WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, cit., p. 667. VEIL, R., “§291 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, § 150-410, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 1227-1247, en concreto, p. 1245.

tareas de gestión como *Betriebsführerin* de la sociedad dependiente. Es cierto que no puede calificarse el contrato de gestión como un contrato de dominio oculto por el mero hecho de que dominante y dominada asuman, respectivamente, las posiciones contractuales de gestora y gestionada³⁵⁷. Asimismo, el contrato de gestión se desmarca del contrato de dominio siempre que la sociedad gestionada conserve la titularidad del poder de dirección, así como la facultad de rescisión del contrato³⁵⁸. Sólo cuando la sociedad gestora sustituya a la gestionada en el control de la política empresarial, quedando limitadas o excluidas las facultades de la segunda, puede estimarse que el contrato de gestión es, en realidad, un contrato de dominio³⁵⁹.

³⁵⁷ Así, WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, cit., p. 668.

³⁵⁸ *Ibidem*, cit., p. 667. De acuerdo con equipararlo en tales casos al contrato de dominio, SCHMIDT, K., “Betriebspacht, Betriebsüberlassung und Betriebsführung im handelsrechtlichen Stresstest”, cit., p. 1066. Sitúa este dato entre los indicios de un contrato de dominio oculto, EMMERICH, V., “§292. Andere Unternehmensverträge”, EMMERICH, V., HABERSACK, M. (eds.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8ª ed., München, C. H. Beck, 2016, Mg. 1-62, en concreto, Mg. 58.

³⁵⁹ PRIESTER, H-J., “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, cit., p. 887. Además, la doctrina alemana diverge sobre el tratamiento que merece la ilicitud del contrato de gestión empresarial. En principio, existe acuerdo sobre el carácter absolutamente excepcional de los supuestos en que puede excluirse el poder de dirección del órgano de una sociedad, entre los que se incluye la conclusión de un contrato de dominio. Esta regla deriva de un principio de mayor amplitud: la prohibición para los miembros del *Vorstand* de otorgar apoderamientos de carácter irrevocable sobre la base del §78 AktG- FLEISCHER, H., “§78 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1085-1105, en concreto, p. 1099; HÜFFER, U., KOCH, J., *AktienGesetz*, cit., Mg. 10. Sin embargo, aunque esta regla es de *ius cogens* en las sociedades personalistas, puede ser excluida con carácter excepcional en las sociedades capitalistas y, en particular, en la *Aktiengesellschaft*, por medio de la conclusión de contratos de dominio. Estando de acuerdo en lo anterior, un sector doctrinal considera que un contrato de gestión que contuviera un poder irrevocable para la dirección de la empresa ocultaría, en realidad, un contrato de dominio y, por consiguiente, al no haber respetado las formalidades legalmente previstas, debe reputarse nulo; así, PRIESTER, H-J., “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, cit., pp. 879. Una postura más flexible es la mantenida por quienes consideran que el contrato sería en todo caso rescindible y que la nulidad (parcial) se produciría en los casos en los que se hubiera excluido la facultad de rescisión de la gestionada. En este segundo sentido, ALTMEPPEN, H. “§ 291 AktG”, cit., p. 407. EMMERICH, V., “§ 291. Beherrschungsvertrag. Gewinnabführungsvertrag”, cit., Mg.

Del examen anterior se desprende que la principal preocupación doctrinal reside en que el poder de dirección de la empresa recaiga sobre quienes tienen legítimamente atribuidas tales funciones y, coherentemente, un régimen de garantías y de responsabilidad a ellas anudado. En este caso, debe conservarse el órgano de administración (el *Vorstand* en el caso alemán), de quien sólo excepcionalmente puede ser extraído para atribuirse a un tercero (un gestor externo o la sociedad dominante en los casos hasta ahora analizados). Sin embargo, la existencia de un régimen contractual de los grupos en Alemania explica que, en este ordenamiento, el referido riesgo se materialice en el fraude a los contratos de dominio, eludiendo las garantías legales previstas para estos supuestos.

1.4. Entes del sector público

Por último, cabe referirse al tratamiento como gestores de hecho de las entidades de Derecho público. Con carácter general, este supuesto no es autónomo, sino que constituye una manifestación de alguno de los anteriores, generalmente, porque la administración pública se sitúa en la cúspide de un grupo empresarial. Por consiguiente, desde una perspectiva material, el supuesto no plantea particularidades con respecto a los casos ya examinados. En cambio, esta constelación sugiere un problema relativo a la competencia de los tribunales del orden jurisdiccional civil para declarar la responsabilidad de entes de Derecho público. La cuestión se ha suscitado en sede concursal, existiendo dos posturas encontradas. Por una parte, cabe sostener que las administraciones públicas pueden ser declaradas responsables en calidad de

24, quien sostiene que la nulidad no debería impedir la aplicación de las reglas previstas para el grupo fáctico (§ 311 AktG) que, recordemos, tienen como presupuesto la “ausencia de contrato de dominio”.

administrador de hecho de un deudor concursado. Esta tesis se fundamenta en que, si los entes de Derecho público recurren a instrumentos jurídico-privados para el desenvolvimiento de su actividad, quedan sometidos a su régimen, incluidas las consecuencias de la insolvencia empresarial³⁶⁰. En contra, en la doctrina administrativista se ha considerado que la cuestión sólo puede ser ventilada por la vía de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y, por consiguiente, compete en exclusiva al orden jurisdiccional contencioso-administrativo³⁶¹.

2. Las tesis negativas

De otro lado, cabe identificar una aproximación restrictiva a la tesis analizada en este capítulo. En efecto, algunos ordenamientos desechan la aplicación de la doctrina de la administración de hecho a las personas jurídicas. En concreto, se han identificado dos ejemplos, según el fundamento de la restricción. Por un parte, algunos modelos rechazan esta posibilidad en atención a la propia prohibición de que los administradores sean personas jurídicas. En otro sentido, existe una corriente en Italia que desecha la administración fáctica por personas jurídicas por coherencia con su Derecho legislado en materia de grupos de empresas.

³⁶⁰ VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)”, *RDCP*, 20 (2014), pp. 323-326, en concreto, p. 325.

³⁶¹ DEL GUAYO CASTELLA, I., “Atribución al Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote de la condición de administrador de hecho de una sociedad pública cuyo único accionista es el consorcio”, *RDCP*, 17 (2012), pp. 185-193, en concreto, pp. 191-193.

2.1. Tesis negativas por coherencia sistemática: Alemania y Delaware

En el caso alemán, aun en ausencia de régimen positivo, es conocida la figura del *faktischer Geschäftsführer* en la GmbH, a quien se extiende analógicamente el régimen de responsabilidad previsto para los administradores titulares *ex § 43 GmbHG*. En este país, el instituto del administrador de hecho se identifica con aquél que asume las competencias propias de esta condición, de forma reconocible para terceros³⁶². Su aplicación es, en todo caso, restringida, lo que la doctrina justifica por el elevado grado de implicación de los socios en la gestión en la GmbH y la posición débil, en términos relativos, del *Geschäftsführer* en este tipo social³⁶³. A nuestro parecer, la tradicional preferencia de los tribunales por otros remedios de imputación de responsabilidad por dirección —en la AG, el Derecho de grupos de la *Aktiengesetz* y, en la GmbH, la doctrina del grupo fáctico cualificado, primero y, actualmente, la *Existenzvernichtungshaftung*— contribuyen a explicar el moderado éxito de la institución en este país³⁶⁴.

Sin embargo, en el caso alemán, el *Bundesgerichtshof* tiene declarada la inaplicabilidad de la doctrina del administrador de hecho a las personas jurídicas en atención a la prohibición prevista expresamente en los §§ 76 Ab. 3

³⁶² FLEISCHER, H., “§ 43 GmbHG”, cit., p. 499. La opinión mayoritaria exige que el ejercicio se desarrolle *ad extra*, HAAS, U., ZIEMONS, H., “§ 43 GmbHG”, cit., p. 489. Crítico, FLEISCHER, H., “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, cit., p. 525, al resultar éste un criterio indiferente y en atención al hecho de que otros ordenamientos incluyen en esta categoría al administrador en la sombra.

³⁶³ HAAS, U., “Die Rechtsfigur des *faktischen GmbH-Geschäftsführers*”, NZI, 9 (2006), pp. 494-499, en particular, p. 497.

³⁶⁴ Véase, por ejemplo, la aproximación a la cuestión de la sociedad dominante como administradora de hecho en FLEISCHER, H., “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, cit., p. 527; *Ibidem*, “§93 AktG”, cit., p. 1413, poniendo de manifiesto la aplicabilidad de la *Existenzvernichtungshaftung* para declarar la responsabilidad del socio en los supuestos de sociedades anónima unipersonal entendemos, como remedio preferente frente a la administración fáctica.

AktG y 6 Ab. 2 GmbHG³⁶⁵. El fundamento de esta propuesta reside en la extensión de los requisitos subjetivos previstos, respectivamente, para los miembros del *Vorstand* en la *Aktiengesellschaft*, así como para los gestores de la GmbH. Idéntico es el posicionamiento de la *Court of Chancery* del estado de Delaware, a la luz de la prohibición contenida en el § 141(b) DGCL³⁶⁶. Ambas tesis restrictivas rechazan la aplicabilidad de la doctrina del administrador de hecho a las personas jurídicas como consecuencia de la prohibición que recae sobre éstos para ser designados administradores *de iure* en sus respectivas normas societarias. En tal sentido, la prohibición normativa tendría como consecuencia la inaplicabilidad del remedio para hacer frente a la responsabilidad de personas jurídicas.

La postura acogida por el alto tribunal alemán y la *Chancery Court* carece de fundamento dogmático suficiente. En primer lugar, la administración fáctica no presupone el cumplimiento por parte del sujeto al que se imputa tal condición de los presupuestos necesarios para ocupar formalmente el cargo. Al contrario, entre las constelaciones a las que la institución pretende hacer frente se encuentra la de aquellos sujetos que, impedidos de ostentar formalmente el cargo, lo ejercitan materialmente o se sirven de intermediarios a quienes colocan en la titularidad orgánica (expresamente, art. 236.3 LSC). Así, la doctrina alemana ha puesto de manifiesto esta incongruencia: si el mismo condicionante se trasladara a las personas físicas, rechazando considerar administradores de hecho a sujetos incurso en alguna de las

³⁶⁵ BGH Urt. v. 25.02.2002 – ZR 196/00 = DNotZ 2002, 472-475.

³⁶⁶ Stewart v. Wilmington Trust SP Services, Inc., 112 A.3d 271 (2015), p. 299. La *Court of Chancery* adopta la misma postura frente a la exigencia como administrador de hecho de una persona jurídica que había designado administrador a uno de sus empleados. El tribunal sustenta su postura en la ausencia de precedente jurisprudencial, así como en la falta de lógica persuasiva del argumento. Lo cierto es que la resolución revela un escaso esfuerzo probatorio y argumentativo al atribuir la condición de administrador de hecho a la persona jurídica.

incompatibilidades *ex* §§ 76 Ab. 3 AktG y 6 Ab. 2 GmbHG (por ejemplo, la minoría de edad o la inhabilitación concursal), el remedio quedaría desprovisto de efecto ³⁶⁷. En la misma línea, si el remedio aspira a tutelar a socios y acreedores, sus resultados deberían ser independientes del cumplimiento de los requisitos de aptitud para ocupar el cargo³⁶⁸. Sería éste un argumento fundado en la autonomía entre los planos de la administración *de facto* y *de iure*. Con todo, se aprecia en los autores una aproximación cautelosa, como si el posicionamiento del alto tribunal no pudiera ser definitivo³⁶⁹. Por su parte, la inaplicabilidad a las personas jurídicas no es obstáculo para imputar esta condición a las personas físicas que ocupen cargos en los entes³⁷⁰. En atención a estos dos ejemplos comparados, se advierte una relación entre la prohibición para las personas jurídicas de ocuparse de la gestión de la compañía y la exclusión de la administración de hecho en relación con personas jurídicas.

2.2. Las tesis restrictivas por coordinación con el Derecho de grupos:

Italia

Un segundo grupo se muestra reticente a imputar la condición de administrador de hecho a una persona jurídica por razones de coordinación de

³⁶⁷ FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1412; SANDHAUS, J., *Der Kreditgeber als faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, cit., p. 148. ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 138-138.

³⁶⁸ FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1412. FLEISCHER, H., “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, cit., p. 526. El rechazo a este argumento también está presente en la doctrina italiana, ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 281.

³⁶⁹ Por ejemplo, afirmando que la resolución no debe entenderse incompatible con la aplicación del remedio en sede de grupos, FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1412.

³⁷⁰ En la doctrina anterior a la sentencia del BGH, EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, cit., p. 229. FLEISCHER, H., “§ 43 GmbHG”, *Münchener Kommentar GmbH-Gesetz*, 1ª ed, vol. II, München, C. H. Beck, 2012, pp. 414-560, en concreto, p. 501.

este instituto con el Derecho de grupos. Por un lado, en Italia, se identifica una corriente jurisprudencial contraria. Por su parte, la mencionada sección 251(3) de la *Companies Act* incluye una previsión que limita el recurso a la administración oculta en los grupos de empresas.

En el caso italiano, la caracterización de personas jurídicas como administradores de hecho sugiere problemas de delimitación con respecto a la *responsabilità per direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.*, esto es, el específico régimen de responsabilidad en materia de grupos. Uno de los principios rectores de la reforma societaria por la que se introduce la consabida regulación para los grupos de sociedades es su necesaria coexistencia y, por consiguiente, su coordinación con los remedios ya disponibles³⁷¹. Como consecuencia de lo anterior, la acción de dirección y coordinación y la administración fáctica se encuentran disponibles y, en principio, no resultan mutuamente excluyentes. Esta cuestión se ha planteado en la sentencia del *tribunale di Milano* de 27 de febrero de 2012³⁷². En ella, el liquidador de una sociedad de responsabilidad limitada dirige una reclamación frente a una sociedad, aduciendo alternativamente su condición de responsable por dirección y coordinación de la sociedad en liquidación y de administradora de hecho a través de persona interpuesta. Las sociedades mantenían una relación contractual en virtud de la cual, la demandada arrendaba vehículos de diferente clase a la insolvente y le encomendaba la ejecución de encargos de desplazamiento que, a su vez, había recibido de sus clientes. El contrato no estipulaba el carácter exclusivo de la relación contractual, pero, tras tener conocimiento de que la arrendataria recurría a otras empresas para proveerse

³⁷¹ PESCATORE, G., “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 4 (2014), pp. 647 y ss, en concreto, Mg. 3.

³⁷² Tribunale Milano sez. VIII, 27.02.2012.

de vehículos, puso fin a la relación, lo que ponía en peligro la viabilidad del negocio de la *s.r.l.*, ahora en liquidación.

El tribunal apoya el criterio de que sea una persona física y no una persona jurídica quien reciba la calificación de administrador de hecho, lo que situaría al ordenamiento italiano en línea con la jurisprudencia alemana³⁷³. En particular, considera que, si el ente ha respetado los presupuestos necesarios para ser administrador, habrá designado a una persona física para el ejercicio del cargo³⁷⁴. Con esta afirmación, el tribunal se posiciona entre quienes extienden la exigencia de designar representante permanente a las sociedades anónimas nacionales. Por consiguiente, mantiene que los criterios de la administración deberán valorarse en relación con el representante persona física. En cambio, si el ente no hubiera designado válidamente a su representante, faltaría un elemento para admitir la administración *de iure* a cargo de personas jurídicas, que obstaculizaría también la de la administración fáctica. Como el caso alemán, el tribunal italiano supedita la admisibilidad del “administrador de hecho persona jurídica” al cumplimiento de requisitos para ocupar el cargo de administrador. Los argumentos que han servido para rechazar esta tesis en Alemania deben ser traídos a esta sede, apoyados por un relevante sector de la doctrina italiana³⁷⁵.

Más convincente resulta el último argumento manejado por el tribunal, según el cual, el ordenamiento italiano habría conceptualizado la relación

³⁷³ Tribunale Milano sez. VIII, 27.02.2012.

³⁷⁴ El acogimiento de esta tesis en el ordenamiento italiano ha sido analizado *supra* Capítulo II, II.1.1.2.

³⁷⁵ En la línea doctrinalmente marcada por ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, cit., p. 281. En expresa referencia al supuesto ahora comentado, PESCATORE, G., “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, cit., Mg. 3-4; bien es cierto que este último autor había antes valorado los remedios como alternativos en *Ibidem*, *L'amministratore persona giuridica*, cit., pp. 90, nota 208 y pp. 107-119. CAGNASSO, O., “Persona giuridica amministratore di fatto di società”, cit., p. 2590 cuestiona la interpretación sobre la falta de equivalencia de ambas proposiciones.

gestora entre sociedades de forma autónoma con respecto a la administración fáctica. Así, a partir de las nociones de control, dirección y coordinación existiría cierta preferencia por el recurso al Derecho de grupos frente al instituto ahora analizado. Puede aceptarse la idea de que el rechazo a la administración fáctica por personas jurídicas se funde en una estrategia de política jurídica del legislador italiano. Aun así, el único elemento en favor de esta tesis es el propio régimen legislado. En tales circunstancias, vale la pena ahondar en los criterios de delimitación entre ambas doctrinas.

Por lo que respecta al alcance subjetivo de la acción por *direzione e coordinamento*, la legitimación pasiva *ex* artículo 2497 c.c. corresponde a la sociedad o ente que ejercite la actividad de dirección en incumplimiento del principio de correcta gestión. El tenor literal del apartado primero del artículo 2497.1 c.c. sugiere que sólo los entes pueden serlo, lo que excluiría a las personas físicas³⁷⁶. Sin embargo, la doctrina italiana ha acogido una interpretación correctora de la norma a partir de su integración sistemática, pues, el apartado segundo del mismo precepto se refiere, simplemente, a *sujetos*³⁷⁷. Si nos fijamos en la legitimación subjetiva de las acciones societarias tradicionales y, fundamentalmente, en la acción social de responsabilidad, ésta se dirige frente a los administradores, incluidos aquí aquellos que lo sean *de iure*, de hecho y ocultos (art. 236.5 LSC). Por un lado,

³⁷⁶Tempranamente, con ciertas reservas sistemáticas, GUGLIELMUCCI, L., “La responsabilità per direzione e coordinamento di società”, *Dir. Fall.*, 80-1 (2005), pp. 38-46, en concreto, p. 41. Implícitamente, BIANCHI, A. L., “Problemi in materia di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2013), pp. 420-463, en concreto, Mg. 5.2. Se posiciona en este sentido, MONTALENTI, P., “Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2007), pp. 317-344, en concreto, Mg. 5.

³⁷⁷CARANO, C., “Responsabilità per direzione e coordinamento di società”, *Riv. Dir. Civ.*, 50-3 (2004), pp. 429-438, en concreto, p. 437. DI MAJO, A., “La responsabilità per l’attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società”, *Giur. Comm.*, 3 (2009), pp. 537-552, en concreto, Mg. 3 considera que la construcción se compadece mal con la literalidad del art. 2497.1 c.c.

en tanto una persona jurídica ocupe el cargo de administrador, cabrá la posibilidad de dirigir tales acciones frente a ella. Dejando a un lado el criterio procesal y fijándonos en el alcance subjetivo de la norma, la responsabilidad por dirección alcanza no sólo a quienes participen en el acto lesivo, sino a aquéllos que hayan obtenido algún beneficio (art. 2497.2 c.c.), lo que supone una ampliación con respecto al ámbito propio de la acción social³⁷⁸. Lo anterior entronca con el debate mantenido entre los autores italianos sobre si la dirección unitaria es unipersonal, esto es, si cabe imputar responsabilidad por dirección y coordinación a una sola persona o es posible identificar a más de un titular³⁷⁹.

Si nos fijamos en los presupuestos de corte objetivo, observamos que también la actividad desarrollada por el legitimado pasivo difiere. En el caso de la acción social, nos situamos ante un elenco de deberes de diligencia y lealtad que se concreta en una gama más o menos especificable de obligaciones, algunas incluso de tipo formal (piénsese en la firma de las cuentas anuales o la convocatoria de la Junta general). En cambio, la actividad con la que se relaciona la responsabilidad por dirección y coordinación se refiere a la planificación estratégica y a las políticas generales del grupo, esto es, aquéllas que diseñan la actuación de la empresa de grupo y no a la gestión cotidiana³⁸⁰.

³⁷⁸ PESCATORE, G., “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, cit., Mg. 2-3.

³⁷⁹ MONTALENTI, P., “Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi”, cit., Mg. 6-7, reconduciendo la cuestión al debate sobre el carácter unívoco de la dirección unitaria. El autor propone remitir, en todo caso, las directrices al vértice del grupo, siendo éste sujeto el legitimado pasivo de la acción; en caso de que exista cierto margen a la emisión de directrices por parte de entidades situadas en otros niveles del grupo, se debería proceder a un análisis comparativo (Mg. 7). SBISÀ, G., “Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società”, *Contr. Imp.*, 4-5 (2009), pp. 807-821, en concreto, Mg. 5.2.

³⁸⁰ Similar, PESCATORE, G., “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, cit., Mg. 3-4. SBISÀ, G., “Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società”, cit., Mg. 6.6. BIANCHI, A. L., “Problemi in materia di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento”, cit., Mg. 4.

La distinción, aprehensible en abstracto, no es fácil de delimitar en la aplicación *ex casu*, ya que, en tanto las instrucciones o directrices se refieran a las líneas o políticas generales de la empresa de grupo, el régimen legislado de responsabilidad por dirección y coordinación se solapa con la noción de administrador oculto, manejada por otros ordenamientos. Finalmente, la administración fáctica representa un título de imputación, pero no prejuzga la naturaleza de la responsabilidad que se imputa, sino que será aquella que, en cada caso, corresponda al administrador.

IV. APLICABILIDAD A PERSONAS FÍSICAS

Bajo los anteriores presupuestos, procede analizar la aplicabilidad de este mecanismo para la imputación de responsabilidad a los dos núcleos de personas físicas incluidos en el análisis, a saber, el representante del administrador persona jurídica y aquellos sujetos encargados de la gestión del ente administrador.

1. Aplicabilidad a los gestores mediatos: la jurisprudencia del Reino Unido (1996-2010)

Hasta el año 2015, la *Companies Act* de 2006 admitía expresamente a los *corporate directors*, bastando que la persona jurídica no fuera el administrador único de la compañía (ex sec. 155 CA 2006). De este modo, el Reino Unido no

preveía un remedio específico ante el riesgo de multiplicación de los sujetos intervinientes en la gestión y la consiguiente dilución de responsabilidad, a diferencia de los ordenamientos de influencia francesa, que exigen la designación de un solo representante permanente. En este contexto, bajo la vigencia de las *Companies Act* de 1985 y de 2006, las reclamaciones de responsabilidad derivada de la incorrecta gestión se han dirigido frente a los gestores mediatos, esto es, frente a los administradores del administrador persona jurídica.

Según se analiza a continuación, la jurisprudencia ha mantenido un criterio extremadamente estricto en punto a la aplicación de las doctrinas del administrador de hecho y oculto a las personas responsables de la gestión de los *corporate directors*. En efecto, los tribunales han brindado un trato preferencial a la personalidad jurídica del ente administrador en tres *leading cases*, las sentencias *Hydrodan*, *Hall* y *Holland*. A nuestro parecer, los resultados que se derivan de la rigidez jurisprudencial explican la modificación legislativa con ocasión de la reforma de 2015. Por otro lado, el repaso a la jurisprudencia británica proporciona una prueba adicional en relación con una de las hipótesis sentadas en el capítulo primero, según la cual, el régimen del representante permanente aleja a los gestores mediatos de la responsabilidad derivada del cargo.

1.1. El caso Hydrodan

Los antecedentes de *Hydrodan* nos sitúan ante la insolvencia de una de las sociedades dependientes de un grupo multinivel, participada íntegramente, pero de forma indirecta, por la sociedad dominante. La sentencia resuelve una demanda por *wrongful trading* dirigida frente a dos de los administradores,

personas físicas, de la que se considera matriz del grupo, la sociedad *Eagle Trust* (ex sec. 214 IA 1986). En su demanda, el liquidador sostenía que tales personas físicas debían ser declaradas responsables de acuerdo con la *Insolvency Act* en calidad de administradores de hecho u ocultos de la insolvente, acogiendo ambas instituciones de forma indistinta. Aparentemente, el tribunal había resuelto anteriormente sobre la calificación de la sociedad *Eagle Trust* como administradora oculta de la insolvente³⁸¹, extremo en el que el demandante se apoyaba para sostener que, en tales supuestos, los administradores de la sociedad administradora deben ser automáticamente calificados, a su vez, como gestores de hecho u ocultos.

La *Chancery Division* rechaza duramente la alegación indistinta o alternativa de que los demandados fueran administradores de hecho u ocultos y, en este sentido, la sentencia constituye uno de los *leading cases* en la delimitación conceptual de ambas figuras. Pero más allá de su función clarificadora, la resolución rechaza la equiparación de los gestores mediatos con el administrador de hecho u oculto sobre la simple base de su posición orgánica. En este punto, la *Chancery Court* sugiere que el hecho mismo de que los administradores sean personas jurídicas justifica cierta injerencia por parte de quienes habitualmente adoptan las decisiones en su seno, presumiblemente, con el fin de transmitir las a la sociedad administrada. Sin embargo, tal interferencia no debe identificarse con la figura del administrador oculto y es aquí donde reside el carácter restrictivo de esta línea jurisprudencial.

Dado que el administrador es una persona jurídica autónoma, los gestores mediatos no deben ser calificados como administradores ocultos o de hecho porque la sociedad insolvente siguiera las directrices del ente que la gestionaba.

³⁸¹ La resolución no aclara si se ha producido en el curso de la tramitación de la demanda o en un procedimiento anterior, pero la *Chancery Court* se muestra plenamente conforme con esta alegación *Re Hydrodan (Corby) Limited*, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 163.

Así, al emitir directrices, los gestores mediatos actuaban en su condición (*capacity*) de administradores del *corporate director*. En definitiva, siempre y cuando los administradores de las sociedades en escalas superiores hayan actuado en su condición de órgano, no serán declarados responsables. La sentencia sienta las bases del ya referido test de la capacidad o *hat identification*, en el que se valora el cargo o aptitud en la que, en cada momento, actuaba el sujeto. La línea marcada en Hydrodan sugiere que los gestores mediatos quedan a salvo de toda responsabilidad en relación con la administrada. En tal sentido, el administrador persona jurídica constituiría un mecanismo de aislamiento de la responsabilidad de terceros que se inmiscuyen en la gestión de la sociedad, al preconizar la separación entre las personas físicas y el ente administrador. Con todo, el tribunal entiende que cabría aceptar la responsabilidad de los administradores del ente gestor si este último les hubiera conferido poder discrecional en la toma de decisiones con respecto a la dependiente, lo que aproximaría a este sujeto al representante permanente en los modelos de corte francés³⁸².

1.2. El caso Hall

En 2006, el caso Hall discute la aplicabilidad a los gestores mediatos de la sección 6 de la *Company Directors Disqualification Act* de 1986, en la que se prevé la inhabilitación para el ejercicio de cargos de gestión³⁸³. En esta ocasión, la *High Court of Justice* mantiene la argumentación marcada en Hydrodan,

³⁸² Re Hydrodan (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161, p. 164. En este sentido, poniendo énfasis en la dificultad de diferenciar este supuesto de la simple transmisión de las directrices del ente, CAMPBELL, N. R., “Liability as shadow director”, cit., p. 612.

³⁸³ The Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall, John Andrew Henry Nuttall [2006] EWHC 1995 (Ch) [2006 WL 2049713].

según la cual la condición formal de administrador de la gestora no basta para imputar la condición de administrador de hecho de la administrada³⁸⁴. Como elemento relevante, se toma en consideración el control que la persona física posee sobre el ente gestor y, aun siendo pleno en este caso, no se considera suficiente para imputar al sujeto la condición de administrador de hecho de la compañía administrada³⁸⁵. El caso es inmediatamente posterior a la aparición de la *Companies Act* de 2006, cuya sección 155 incorporó la exigencia de que la sociedad contara, al menos, con un administrador que fuera una persona física. Por tal razón, se veía aquí la posibilidad de que la reforma suavizara los efectos propiciados por la línea marcada en el caso *Hydrodan*³⁸⁶.

1.3. El caso *Holland*

Con una década de diferencia, la *Supreme Court* resolvió un supuesto análogo al planteado en *Hydrodan*, en el conocido como caso *Holland*³⁸⁷. En esta ocasión, se trataba de un esquema societario constituido por cuarenta y dos *limited companies*, ideado para prestar servicios de administración y asesoramiento fiscal a contratistas del sector de las tecnologías de la información. El entramado permitía que los clientes se beneficiaran de determinadas ventajas fiscales a través de las sociedades interpuestas, que funcionaban como *service companies*, permitiendo que los clientes eludieran

³⁸⁴ *The Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall, John Andrew Henry Nuttall* [2006] EWHC 1995 (Ch) [2006 WL 2049713], Mg. 30.

³⁸⁵ *The Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall, John Andrew Henry Nuttall* [2006] EWHC 1995 (Ch) [2006 WL 2049713], Mg. 30.

³⁸⁶ GODDARD, R., “Disqualifying the directors of a corporate director: *Secretary of State for Trade and Industry v Hall and Nuttall*”, *Comp. Law.*, 28-9 (2007), pp. 281-282, especialmente, p. 282.

³⁸⁷ *Michael Holland v. The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs and another*, 24 de noviembre de 2010, UKSC 51 [2010 WL 4689481].

los gastos de gestión y constitución de las compañías. Sin embargo, la exención fiscal sobre la que descansaba la viabilidad de la estructura resultó inaplicable, consecuencia de lo cual la administración tributaria exigió a las cuarenta y dos sociedades las cantidades correspondientes, declarándose todas ellas insolventes. Dos sociedades ocupaban el cargo de administrador único y secretario de todas ellas, respectivamente. Aquéllas, a su vez, eran administradas por el matrimonio Holland, titulares cada uno al cincuenta por ciento de las acciones de la sociedad que actuaba como *holding* de las entidades administradoras. El esquema descrito se había constituido bajo la vigencia de *Companies Act* de 1985, resultando inaplicable la exigencia de que las compañías contaran, al menos, con un administrador persona física (ex sec. 155 CA 2006).

En este contexto, el caso gira en torno a la aplicabilidad de la sección 212 IA 1986 al matrimonio Holland, como personas físicas que ocupan cargos en el órgano de la persona jurídica administrador de las sociedades insolventes. El precepto delimita el ámbito subjetivo del *wrongful* y *fraudulent trading*, regulados en las secciones siguientes de la *Insolvency Act*. Sin embargo, la referida previsión no contempla a los *shadow directors* y, en tanto categoría autónoma con respecto a los administradores *de facto*, la declaración de responsabilidad de los demandados requería su previa calificación como administradores de hecho de las compañías insolventes. El tribunal mantiene la tesis restrictiva marcada en *Hydrodan* y *Hall*, considerando que si los actos se desarrollan en el ejercicio de sus deberes y responsabilidades como administradores de la administrada (en su *capacity*) es a esa condición a la que deben atribuirse y no a la de administrador de hecho de las sociedades gestionadas.

Al hilo de la jurisprudencia anterior, el tribunal adopta un test funcional, basado en las tareas que efectivamente desarrollan los sujetos. Sin embargo, al tratarse de administradores de un administrador persona jurídica, éstos no estarían sino cumpliendo con sus deberes fiduciarios en el ente administrador. En palabras de la *Supreme Court*, desarrollan sus actividades *bajo el paraguas* del administrador persona jurídica y es éste mismo principio de prevalencia de la separación patrimonial y personal propio de la personalidad jurídica el que orienta el sentido del fallo³⁸⁸. La sentencia, no obstante, cuenta con dos votos particulares en los que se pone de manifiesto que el pronunciamiento incentiva la interposición de personas jurídicas, con el fin de lograr el aislamiento de toda responsabilidad derivada de la gestión. En concreto, uno de ellos propone prestar atención a la concreta estructura de gobierno, en particular, a la concentración del poder de voto en el gestor mediato. Así, el magistrado considera relevante el hecho de que el demandado fuera la única persona física activa en la gestión de todas las compañías.

1.4. Implicaciones de las doctrinas Hydrodan, Hall y Holland

Las tres resoluciones analizadas encarnan la corriente jurisprudencial que, desde la vigencia de la *Companies Act* de 1985 y hasta la reforma de 2015, han mantenido una aproximación extremadamente formalista a la responsabilidad de los gestores mediatos. En los tres casos, los tribunales han descartado su condición de administradores de hecho, lo que ha favorecido el aislamiento de la responsabilidad derivada del cargo, sobre todo, en sede concursal³⁸⁹. La

³⁸⁸ YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, cit., p. 580.

³⁸⁹ YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, cit., p. 583. ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015”, cit., p. 204.

evolución de los criterios empleados por la jurisprudencia para calificar a un sujeto como administrador de hecho, en sentido amplio, no ha contribuido a perfilar su responsabilidad. Es más, en los tres ejemplos jurisprudenciales, el rigor formalista se deriva del empleo del test de la capacidad o función en la que actuaba el sujeto, consistente en prestar atención al título en virtud del cual el concreto sujeto cumplía sus funciones. Se trata de una construcción rigorista, pues bastaría con nombrar a un administrador persona jurídica para que sus administradores quedasen exentos de toda responsabilidad frente a la administrada.

En los tres casos, se afirma la imposibilidad de identificar a un sujeto como administrador fáctico por el mero hecho de ser el gestor de la administrada, sin algo más (*without more*). En concreto, en Hydrodan se afirma expresamente que ese plus se satisface con la participación activa por parte del sujeto en el órgano de administración de la sociedad administrada en nombre del administrador persona jurídica. Desde la perspectiva de modelos normativos como el español, resulta que Hydrodan identifica el plus necesario con la labor que en nuestro sistema se atribuye al representante permanente y, en cambio, Holland lo considera insuficiente. Ahora bien, se ha criticado que ninguna de las tres sentencias ofrezca parámetros suficientes para determinar dónde ha de fijarse ese elemento adicional para declarar la responsabilidad del gestor mediato³⁹⁰. También se ha considerado que los gestores mediatos podrán ser calificados como administradores ocultos, en la medida en que son ellos quienes materialmente adoptan las decisiones gestoras³⁹¹, aunque esta idea es contraria al llamado test de la capacidad. Asimismo, la propuesta anterior no puede ser plenamente compartida, por cuanto es igualmente posible que las

³⁹⁰ YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, cit., p. 583.

³⁹¹ GRIFFIN, S., “Establishing the liability of a director of a corporate director: issues relevant to disturbing corporate personality”, cit., pp. 142-143.

directrices aparezcan formalmente como decisiones de la persona jurídica administrador.

Los tres supuestos revelan la necesidad de atender a la concreta posición del gestor mediato en la estructura de gobernanza ante el fracaso del criterio de la capacidad en la que actúa el sujeto, sin que ello resulte incompatible con la preservación de la personalidad jurídica. En el caso Hall, aunque se hace referencia a la condición de socio del ente, este extremo no modifica el criterio del juzgador³⁹². Por su parte, llama la atención que en Holland, no se otorgara relevancia al hecho de que los demandados fueran los dos únicos socios y, administrador y secretaria, respectivamente, de la sociedad gestora.

Es posible que la línea jurisprudencial analizada tuviera por finalidad evidenciar las consecuencias lesivas para el tráfico que pueden derivarse del empleo del administrador persona jurídica. Al consolidarse la tesis en los tribunales, la única forma de evitar el indeseable resultado interpretativo sería la prohibición de los *corporate directors*³⁹³. De hecho, éste ha sido el desenlace de la reforma societaria acometida en 2015, por la que se prohíbe la administración por personas jurídicas (sec. 156 CA 2006)³⁹⁴. Con todo, nos parece que el reconocimiento legal del administrador persona jurídica no lleva necesariamente aparejado el aislamiento de la responsabilidad de los gestores mediatos³⁹⁵. Por lo que respecta a las específicas aplicaciones del administrador persona jurídica, sólo Hydrodan parece responder a un supuesto de grupo

³⁹² The Secretary of State for Trade and Industry v. Ken Hall, John Andrew Henry Nuttall [2006] EWHC 1995 (Ch) [2006 WL 2049713], Mg. 30.

³⁹³ YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, cit., p. 583 ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015”, cit., p. 205.

³⁹⁴ En detalle, puede verse *supra* Capítulo II, III.1.2.

³⁹⁵ En el mismo sentido, ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015”, cit., p 206. De forma implícita, NOONAN, C., WATSON, S., “Examining Company Directors through the Lens of De Facto Directorship”, cit., p. 610.

operativo, en el que entidades integradas en él asumen la gestión de las compañías dependientes. En cambio, tanto Hall como Holland revelan el empleo de personas jurídicas como *services companies* fuera del grupo de empresas, como forma de externalización de la gestión social y el ahorro de costes derivados de la constitución; en el primero, además, su empleo responde a un claro propósito de planificación fiscal.

2. Aplicabilidad al representante del administrador persona jurídica: el caso español anterior a la Ley 31/2014

Entre los ordenamientos comparados, la aplicación más generalizada de la administración fáctica a personas físicas puede hallarse en el caso español anterior a la Ley 31/2014. Esta doctrina se utilizaba para imputar al representante del administrador persona jurídica las consecuencias societarias o concursales previstas para los titulares orgánicos. Hasta la reforma, el Derecho societario español constituía una *rara avis* en el panorama comparado al omitir el régimen de responsabilidad del representante, limitándose a extender a este sujeto el deber de secreto. La opinión imperante bajo el régimen anterior consideraba que la persona jurídica era exclusivo legitimado pasivo de las acciones de responsabilidad³⁹⁶, lo que a su vez planteaba la duda de si era

³⁹⁶ MARTÍNEZ SANZ, F., “Los administradores responsables”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 55-89, en concreto, p. 86; CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 254, aunque antes ha reconocido la aplicación directa de los deberes propios del cargo. DÍAZ

posible reclamar al representante responsabilidad extracontractual³⁹⁷. La situación era objeto de crítica porque incentivaba la interposición de personas jurídicas, con el fin de eludir la responsabilidad derivada del cargo al no existir título de imputación directa y ser necesaria la calificación como administrador de hecho. No obstante, no cabe predicar una asimilación automática entre el representante permanente y el administrador de hecho, sino que es necesario verificar la concurrencia de los requisitos propios de tal condición. Se trataría de trasladar a esta sede el test de la capacidad en la que actúa el sujeto, de forma que, si la persona se limita a ejercer las funciones propias de un representante permanente en nombre del ente gestor, no podría ser calificado como administrador de hecho³⁹⁸. El problema de esta tesis radica en la dificultad de

ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, cit., p. 261. Desde el análisis del RESE, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 656. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1508. JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 443-462, en concreto, p. 460. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1382. Es también la tesis de RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, *RDBB*, 128 (2012), pp. 35-66, en particular, p. 59, aunque se matiza por las consideraciones formuladas seguidamente. En la doctrina italiana, PESCATORE, G., “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, cit., Mg. 4. CETRA, A., “La persona giuridica amministratore di una società a responsabilità limitata o società per azioni nella massima n. 100 del Consiglio notarile di Milano”, cit., p. 692.

³⁹⁷ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 60.

³⁹⁸ En este sentido, SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 21 de julio de 2015 (núm. 337) [JUR 2015\196067] se afirma que, aunque la decisión determinante de la calificación culpable del concurso proceda de esa persona física, su cargo es conforme “a la organización social y a la LSC y el RRM”. También AAP Pontevedra (Sección 1ª), de 20 de noviembre de 2014 (núm. 201) [JUR 2015\38041], especialmente grave ante la condición de apoderado general del representante persona física. SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 26 de junio de 2012 (núm. 393) [JUR 2012\244344]. SAP Barcelona (Sección 15ª), de 26 de enero de 2011 (núm. 19) [JUR 2011\182632]. IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *RdS*, 24 (2005), pp. 75-89, en concreto, p. 87. ALCOVER GARAU, G., “Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal”, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR

delimitar las funciones que una persona física ejercita en su condición de representante, con respecto a aquéllas en las que asume tareas como si él mismo fuera un titular orgánico. Además, esta corriente sugiere que, bajo el régimen anterior, la persona física quedaba sometida a las directrices del ente administrador, extremo que no puede compartirse plenamente en la actualidad.

Alguna opinión aislada consideró que la calificación del representante como administrador de hecho no era técnicamente correcta porque uno de sus presupuestos es, precisamente, la ausencia de título válido para el ejercicio de las funciones³⁹⁹. Sin embargo, la persona física designada al amparo del artículo 212 *bis* LSC ejercitara las funciones bajo el título que le proporciona su condición, por lo que no concurría en él este requisito de la administración de hecho. La propuesta hermenéutica nos parece dogmáticamente correcta, aunque no fueran recogidas por la jurisprudencia en la materia. Como argumento en favor de la práctica habitual hasta la reforma, cabría sostener que los argumentos anteriores resultan excesivamente formalistas. En efecto, la ausencia de título se referiría a la no concurrencia del vínculo orgánico, con independencia de que se ostente otro cargo en virtud del cual se esté legitimado para intervenir en la gestión.

En el régimen vigente, el artículo 236.5 LSC somete al representante a responsabilidad con el ente administrador, lo que hace innecesario atribuir a este sujeto la condición de administrador de hecho.

EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 487-504, en concreto, p. 497. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica en el concurso culpable”, *ADConc.*, 30 (2013), pp. 139-178, especialmente, pp. 155 y ss.

³⁹⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 47.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

En la evolución de los criterios para imputar la condición de administrador de hecho destacan dos teorías, a saber, la atención a la estructura de gobierno a la que pertenece el sujeto a quien se quiera atribuir la responsabilidad, así como la consideración de la concreta aptitud o cargo en el que actuaba. En el contexto europeo, se ha acogido una aproximación favorable a considerar que también los entes con personalidad jurídica pueden ser calificados como administradores de hecho. En realidad, el supuesto de hecho se cohonesta mejor con la administración oculta, de forma que el ente sea quien dirija a la sociedad respecto de la cual se imputa esta condición. Esta posibilidad ha sido valorada en el ámbito europeo como una solución plausible para el Derecho de grupos del continente, aunque, en cada ocasión, la propuesta ha sido abandonada.

En el análisis por constelaciones, se observan dificultades de delimitación del supuesto con respecto a la dirección unitaria, plenamente legítima. Además, en aquellos ordenamientos que cuenten con un Derecho legislado de los grupos de empresas, la noción de instrucciones se habrá positivizado, dificultando que los autores y los tribunales acepten la consideración de un ente como administrador de hecho. Por lo que respecta a otras relaciones contractuales, se observa cierta cautela a la hora de atribuir esta condición a los acreedores financieros, so pena de desincentivar su intervención en los procesos de refinanciación. En este sentido se orienta el artículo 93.3.2 de la Ley Concursal. Sin embargo, la técnica legislativa es dudosa por cuanto no introduce ningún elemento valorativo sólido que permita deslindar la actuación del acreedor en el marco contractual de aquélla merecedora de la condición de administración de hecho. Si la contraparte contractual logra la injerencia en la esfera

organizativa de una sociedad, subyace el riesgo de que sea declarado administrador de hecho. Las entidades del sector público en la administración no aparecen como una categoría autónoma a estos efectos, aunque plantean dudas sobre la competencia del orden jurisdiccional civil para declarar su responsabilidad.

El *Bundesgerichtshof* alemán y cierta corriente jurisprudencial del estado de Delaware se posicionan en contra de calificar a una persona jurídica como administrador fáctico. Esta tesis se funda en la prohibición de que los entes ocupen formalmente el cargo, contenida en las normas societarias de ambos modelos. Es incorrecto sustentar esta interpretación tales normas, ya que determina un tratamiento asimétrico de la institución con respecto a las personas físicas. En efecto, no existe obstáculo a que una persona física incurra en prohibición o incompatibilidad sea declarada administradora de hecho.

Mayor fundamento posee la tesis manejada por el *Tribunale di Milano*, que rechaza la hipótesis analizada en atención a la existencia de un régimen legislado en materia de grupos de sociedades. Cabe admitir que la estrategia de política jurídica italiana desplace el remedio que ahora analizamos. En cambio, debe rechazarse la idea de que la condición de administrador de hecho sólo será imputable al representante persona física, ya que, ni esta exigencia se encuentra prevista para los tipos nacionales italianos, ni la condición de administrador de hecho tiene como presupuesto el cumplimiento de la obligación de designar representante.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los gestores mediatos, la tesis jurisprudencial mantenida en el Reino Unido entre los años 1996 y 2010 ha favorecido su aislamiento. Así, el test de la capacidad ha permitido entender que estos sujetos actuaban, en todo caso, en su condición de administradores de la persona jurídica que ocupaba formalmente el cargo. Sobre esta base, los

tribunales han sido cautos a la hora de ignorar la existencia de una persona jurídica independiente de sus gestores, rechazando en cada caso la responsabilidad de estos sujetos. Esta tesis ha favorecido el empleo del administrador persona jurídica como un instrumento para la evasión de responsabilidad, justificando la prohibición introducida en la sección 156 de la *Companies Act*. En la línea sentada en el capítulo primero, tanto el modelo francés, como la solución prevista en la *Companies Act* de 2006 hasta el año 2015, alejan a los gestores mediatos de la responsabilidad derivada del cargo de administrador por parte de la persona jurídica.

Por su parte, la particularidad del modelo español vigente hasta la Ley 31/2014 ha propiciado el recurso a la administración de hecho para declarar la responsabilidad del representante permanente. Este instrumento no resulta ya necesario, dado que el artículo 236.5 LSC somete a este sujeto a responsabilidad *con* su principal.

**PARTE SEGUNDA – RÉGIMEN NORMATIVO DEL
ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA**

**CAPÍTULO IV – ANTECEDENTES Y CONFIGURACIÓN DEL
MODELO NORMATIVO**

I. INTRODUCCIÓN A LA PARTE SEGUNDA

Concluido el examen de los elementos que definen la institución objeto de estudio y tras haber prestado atención a las principales cuestiones de política legislativa, procede profundizar en el examen de las coordenadas del Derecho positivo español vigente. Con este fin, se propone, en primer lugar, indagar en el proceso de evolución que han experimentado las normas legales y reglamentarias dedicadas a la administración societaria por personas jurídicas hasta el presente. Este análisis permitirá comprender la configuración actual del modelo normativo. Con tal expresión se hace referencia al régimen legislado de la institución objeto de estudio, asentada sobre tres elementos básicos, a saber, el reconocimiento expreso de la institución, la necesaria designación de un representante persona física y, por último, la extensión a este último del régimen jurídico propio de los titulares orgánicos. La Ley de Sociedades de Capital comparte tales rasgos con el Derecho francés de sociedades anónimas y el *Code des sociétés* belga.

En referencia al administrador persona jurídica, modelo normativo y estatuto jurídico no deben considerarse expresiones sinónimas. En efecto, los mencionados ordenamientos han positivizado los referidos elementos, pero con ellos no se agota el estatuto jurídico de la institución. Su determinación requiere

un doble esfuerzo de integración. Por un lado, deberá atenderse a aquellas previsiones que, en su caso, el legislador nacional haya incorporado al Derecho positivo y que regirán como norma especial, frente a las normas generalmente aplicables a los administradores. A título ejemplificativo, encontramos referencias a la institución estudiada en los artículos 260 LSC, en relación con el contenido de la memoria o en el artículo 529 *decies* LSC, referido a la designación del representante en sede de sociedades cotizadas. Mientras que los artículos 212.1, 212 *bis* 1 y 236.5 LSC delimitan el modelo regulatorio español, las demás tan sólo ofrecen respuesta a algunos de los específicos problemas que la institución plantea, a saber, la imputación de la retribución (art. 260 LSC) y ciertos aspectos posicionales (designación, cese y continuidad en el cargo en el caso de los artículos 212 *bis* 2 LSC y 529 *decies* LSC).

En tal sentido, tampoco el régimen legislado se agota necesariamente en lo que denominamos modelo normativo de la institución, en tanto cada legislador nacional habrá incorporado previsiones adicionales con el fin de dar respuesta a problemas singulares, desconocidas, por otro lado, en otros ordenamientos de referencia. En segundo lugar, el estatuto jurídico de la institución se completa acudiendo a las normas que regulan el órgano de administración en las sociedades de capital. Ello requerirá un esfuerzo de subsunción consistente en aplicar una concreta disposición al ente administrador, tarea de la que se ocupan los capítulos sexto y séptimo. Pero el elemento que singulariza el modelo acogido por la Ley de Sociedades de Capital es la figura del representante (art. 212.1 LSC), una persona física designada por el ente administrador a quien corresponde el desempeño del cargo (art. 212 *bis* LSC) y que se somete a idénticos requisitos, deberes y régimen de responsabilidad que los propios titulares orgánicos (art. 236.5 LSC). Entre nosotros, el régimen jurídico de la administración por entes sólo puede determinarse a partir de una

correcta comprensión del estatuto de su representante y, por este motivo, el capítulo quinto se dedica, en exclusiva, a esta figura.

II. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO DEL PRESENTE CAPÍTULO

El presente capítulo es el primero de cuantos se dedican al régimen jurídico del administrador persona jurídica y está llamado a cumplir una función propedéutica, al objeto de presentar el sistema sobre el que pivota la institución objeto de estudio. En él se aborda la evolución del régimen jurídico-positivo español en torno a la administración de sociedades de capital por personas jurídicas y, a tal efecto, se examinan las normas, legales y reglamentarias, que en cada momento han incidido sobre esta materia, desde las primitivas disposiciones de los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, hasta nuestros días. La confección de los antecedentes del sistema vigente hoy en la Ley de Sociedades de Capital debería permitir una mejor comprensión de las razones histórico-legislativas sobre las que descansa el modelo actual, basado en la plena licitud del administrador persona jurídica (art. 212.1 LSC), bajo el condicionamiento de que se designe a una persona natural que represente al ente en el ejercicio del cargo (arts. 212 *bis* y 143 RRM).

En el contexto del trabajo, esta tarea posee una doble finalidad, pues permitirá comprender el alineamiento del Derecho español de sociedades de capital junto a otros ordenamientos europeos tales como Francia o Bélgica y, a la vez, contribuirá a sentar ciertos presupuestos interpretativos para la reconstrucción del estatuto jurídico-societario del administrador persona jurídica y de su representante. En tal sentido, el capítulo permitirá obtener criterios para una interpretación del régimen vigente en consonancia con los

antecedentes histórico-legislativos. El examen del régimen vigente debería facilitar el análisis hermenéutico del sentido de los términos legales y su contexto (art. 3.1 CC). Todo ello contribuirá a la fijación de los presupuestos dogmáticos que permitan construir el estatuto jurídico de la institución, a partir de la aplicación de las normas del Título VI de la Ley de Sociedades de Capital tanto al administrador persona jurídica, como a su representante.

La indagación en los criterios de interpretación histórico-legislativa, al amparo del artículo 3.1 CC, puede resultar de utilidad para explicar la opción española por este concreto modelo normativo, de entre cuantos conocen los ordenamientos de nuestro entorno. Por ejemplo, sólo las circunstancias que rodean la preparación de determinados trabajos legislativos permiten comprender los frustrados intentos por introducir una regla prohibitiva del administrador persona jurídica en el Derecho español de sociedades anónimas o de una disposición relativa a la responsabilidad de su representante. Ello no obstante, no se trata sólo de fijar la interpretación subjetiva de la norma (la *ratio legislatoris*) en cada momento, sino de facilitar la posterior hermenéutica del régimen vigente, de acuerdo con los demás criterios interpretativos previstos en el artículo 3 del Código Civil: la literalidad de sus términos o la propia ubicación sistemática de los artículos 212, 212 *bis* y 236.5 LSC o del artículo 143 RRM.

El manejo de los antecedentes normativos debería contribuir a la formulación, en su caso, de propuestas de *lege ferenda* más acordes con la realidad del sistema y tráfico españoles, evitando, por ejemplo, tratar como innovaciones soluciones que ya se han ensayado en nuestro ordenamiento. A título ejemplificativo, sólo de esta forma es posible aprehender el fracaso de propuestas prohibitivas en línea con el Derecho alemán de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Por último, resulta destacable que, en

esta materia, el propio *iter* legislativo haya servido en diversos momentos históricos como criterio interpretativo de la norma vigente. Así, las variaciones de algunas disposiciones legislativas con respecto a sus respectivos textos preparatorios se han considerado claves para la extracción de su auténtico significado. Esta circunstancia no es exclusiva del caso español, pues ya en el examen de la prohibición en Derecho alemán se ha puesto de manifiesto cómo el comportamiento del legislador histórico ha sido tomado en consideración por el *Bundesgerichtshof* para interpretar las normas aplicables a la administración de la sociedad comanditaria por acciones.

Concluido el análisis diacrónico, se explora el ámbito tipológico de aplicación del modelo normativo, estableciendo su incidencia sobre las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, y sus formas especiales más comunes.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN LEGAL ESPAÑOL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES DE CAPITAL POR PERSONAS JURÍDICAS

A efectos del estudio, los hitos normativos en relación con el administrador persona jurídica, desde los Códigos de Comercio hasta la actual Ley de Sociedades de Capital, pueden clasificarse en cuatro grandes periodos. El primero de ellos comprende las disposiciones de los Códigos de Comercio, previo a la aparición de las primeras leyes especiales de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Con los trabajos prelegislativos de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 1951 se da inicio a una segunda fase, a lo largo de la cual, si bien los textos legales se caracterizan por su escasa claridad, se fragua una *opinio iuris* favorable a la licitud de la figura,

que se consolidará irreversiblemente hasta culminar en el expreso reconocimiento por el Tribunal Supremo, dando inicio al tercer periodo. En él, se suceden textos de reforma y modernización del Derecho societario español, en los que se inicia el diseño de un modelo regulatorio propio de los ordenamientos de inspiración francesa. El proceso continuará con la Ley de Sociedades de Capital, cuyas reformas irán concretando el régimen legal de la institución hasta nuestros días.

1. La etapa previa a las leyes especiales: los Códigos de Comercio de Sainz de Andino y de 1885

Históricamente, la discusión doctrinal sobre la admisibilidad de las entidades jurídicas como administradores se desarrolló en los ordenamientos de nuestro entorno (sobre todo, en Francia y Alemania) a la luz del principio de autorganicismo⁴⁰⁰. Sin embargo, esta regla nunca tuvo gran arraigo en el Derecho español de sociedades anónimas, lo que tal vez contribuya a explicar la ausencia en nuestro país de un debate dogmático asimilable al de aquellos ordenamientos en los que sí fue instaurada, como es el caso francés. Es cierto que el artículo 286 del Código de Sainz de Andino de 1829 reservaba la administración de las sociedades a sus miembros, los socios, al exigir que la escritura de constitución indicara quiénes de entre ellos habrían de tener a su cargo la gestión. El consabido precepto resultaba aplicable a todos los tipos sociales mercantiles sin distinción y ninguna otra regla predisponía el artículo 277 Cdc 1829, dedicado a los administradores de las sociedades anónimas, más allá de remitir la forma de nombramiento y su responsabilidad a los reglamentos de la sociedad.

⁴⁰⁰ Véase *supra* Capítulo II, II.1.

Sin embargo, la exigencia desapareció en el Código de Comercio de 1885, pues ya ninguna de sus disposiciones asociaba el cargo de administrador a la condición de socio. Así, de un lado, el artículo 151 Cdc 1885 se refería, simplemente, a la *persona o personas* que ejercieran la administración y, por su parte, su artículo 155 atribuía a los socios la competencia para efectuar el nombramiento de los gestores, pero sin exigir que éstos fueran elegidos entre ellos mismos⁴⁰¹. Tampoco añadía este requisito el artículo 156 Cdc 1885, en el que se establecía la condición de mandatarios de los administradores y su consiguiente responsabilidad. Si se compara con preceptos homólogos de ordenamientos comparados, resulta que, en este punto, el Código era más próximo a los artículos 225 y 227 ADHGB, que al artículo 22 de la Ley francesa de sociedades comerciales, de 26 de julio de 1867. El primero preveía de forma explícita que los administradores podrían reunir la condición de socio o no, mientras que la segunda requería la tenencia del número de acciones establecido en los estatutos, condicionamiento que mantuvieron las normas reguladoras de las *sociétés anonymes* hasta 2008. En este contexto, la discusión sobre la solución dogmática idónea en las llamadas “*sociedades de sociedades*” no se planteó en tales términos en España, lo que explica el limitado número de opiniones doctrinales vertidas sobre esta cuestión desde la aparición de las primeras normas en materia de gestión de sociedades anónimas hasta bien entrado el siglo XX. Ante la inaplicabilidad de la regla de autogestión, la atribución de una vocalía del órgano en favor de una persona jurídica no se

⁴⁰¹ GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Silverio Aguirre Torre, 1936, p. 265. Ciertamente es también que los primeros análisis del Código no advertían esta diferencia con respecto al Código de Sainz de Andino. SALOM Y PUIG, S., DEL VISO, S., *Derecho Mercantil de España*, 3ª ed., Valencia, Imprenta y librería de Ramón Ortega, 1886, p. 117. ROMERO Y GIRÓN, V., *El nuevo Código de Comercio para la península y las Antillas*, 2ª ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1886, pp. 165-166 y nota 4.

valoraba en términos de necesidad, sino de posibilidad, como una prerrogativa del socio-persona jurídica⁴⁰².

Además, pronto el Derecho positivo español se desmarcó de los ordenamientos de nuestro entorno, donde la posibilidad de que personas jurídicas ocuparan cargos de gestión seguía constituyendo una *vexata quaestio*, en torno a la cual se desarrollaba un debate doctrinal relativamente intenso. Y es que, tempranamente en contraste con países como Francia o Alemania, el artículo 122.11 del Reglamento para la organización y régimen del Registro Mercantil y aranceles de Registradores de 1919, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de ese año⁴⁰³, previó que la escritura de constitución expresara las *entidades o personas* que habrían de ejercer la administración. Seguidamente, el precepto requería la constancia de los nombres y apellidos de quienes constituyeran el consejo de administración. Del uso del término “entidades” en relación con el cargo de administrador, parece resultar que, ya en 1919, la normativa reglamentaria española daba cabida a la posibilidad de que las vocalías del órgano de administración fueran ocupadas por personas jurídicas o, si se quiere, por sujetos distintos de las personas físicas, con independencia de que se les reconociera personalidad o no. Aunque las razones por las que un texto tan temprano se refería a entes administradores no parecen estar documentadas, ésta fue también la interpretación doctrinal imperante del texto reglamentario⁴⁰⁴.

⁴⁰² Notablemente, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 165. MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, cit., p. 730.

⁴⁰³ Gaceta de Madrid, núm. 269, de 26 de septiembre de 1919, pp. 1018-1070.

⁴⁰⁴ MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, cit., p. 731. DE ARRILLAGA, J. I., “Consejo de administración”, MASCAREÑAS, C. E. (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, Barcelona, Francisco Seix, 1950, pp. 1-26, en concreto, p. 8. LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. I, Barcelona, Bosch, 1950, p. 586.

Por otro lado, el segundo apartado del referido artículo 122.11 RRM 1919 parecía disponer una regla diferente en el caso de que el órgano adoptara la forma consejo de administración, al requerir la constancia de los nombres y apellidos de los consejeros, sin aludir a la razón social en el supuesto de que el consejero fuera una persona jurídica. Interpretada como regla especial con respecto a la disposición previa, la norma podía ser entendida en el sentido de que los consejeros debían ser, en todo caso, personas naturales. Esta línea interpretativa no fue acogida por nuestros autores, quienes mayoritariamente consideraron que la referencia a los nombres y apellidos en ningún caso privaba a las personas morales de ser consejeras⁴⁰⁵. Por lo que respecta a su alcance tipológico, el precepto resultaba de aplicación tanto a las sociedades anónimas, como a las de responsabilidad limitada⁴⁰⁶, pero también a las comanditarias por acciones.

A la vista de lo anterior, el artículo 122.11 el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 constituye un precedente en el mapa comparado que probablemente explique la inexistencia entre nosotros de un debate análogo al desarrollado desde esa fecha en cierto número de ordenamientos de nuestro entorno, a pesar de que, a menudo, sus soluciones normativas fueron y siguen siendo modelo de inspiración para el legislador nacional español.

⁴⁰⁵ Así, MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, cit., p. 731 consideraba que el segundo inciso del apartado 11 del RRM 1919 no podía interpretarse en el sentido de excluir a las personas jurídicas del cargo.

⁴⁰⁶ SOLÁ CAÑIZARES, F., *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español con especial referencia a las legislaciones extranjeras*, Barcelona, Ed. Salvador Rosas Bayer, 1951, p. 238 y nota 35.

2. Del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas del Instituto de Estudios Políticos de 1947 al reconocimiento jurisprudencial de la administración societaria por personas jurídicas (1984)

Este segundo periodo comienza bajo la vigencia del Reglamento del Registro Mercantil de 1919 y en él se operaría el paso a la regulación por medio de leyes especiales, aunque el cambio de modelo no afectaría a la institución estudiada. Con todo, el criterio permisivo se consolidó entre nosotros a raíz de algunos cambios sufridos por el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas del Instituto de Estudios Políticos de 1947, tras los cuales las leyes especiales de sociedades serían mayoritariamente interpretadas en sentido favorable a la figura.

2.1. El Anteproyecto de la Ley de Sociedades Anónimas de 1947 y la LSA 1951

El Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1947 representa un hito en el proceso legislativo analizado, pues constituye la primera propuesta legislativa para la regulación de la administración a cargo de personas jurídicas, si bien con la finalidad de prohibir expresamente esta posibilidad. El abandono de la opción regulatoria del Anteproyecto marcará la tesis predominante en nuestro ordenamiento, consolidada más tarde en sucesivas reformas reglamentarias y legislativas.

2.1.1. Sociedades anónimas

El artículo 83 del Anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos de 1947, bajo la rúbrica “*incompatibilidades*”, establecía que no podrían ser administradores las personas jurídicas, para después sancionar la prohibición de ocupar el cargo para los sometidos a interdicción, los quebrados y concursados, los menores e incapacitados, así como los condenados a penas de inhabilitación. En la solución prohibitiva acogida por los redactores del texto debe verse una notable impronta del ordenamiento jurídico alemán, donde ya los §§ 75 Ab. 1 y 86 Ab. 2 de la *Aktiengesetz* de 1937 excluían a las personas jurídicas del consejo de dirección y de vigilancia, respectivamente⁴⁰⁷. Aunque la fórmula era idéntica en ambos casos, la propuesta española se separaba del ordenamiento de referencia al desplazar el precepto dedicado a las incompatibilidades al final del capítulo relativo a los administradores, después del régimen de responsabilidad⁴⁰⁸. Un segundo párrafo del mismo artículo 82 extendía la prohibición para administrar a los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores de otra sociedad competidora. En el primer caso, la prohibición alcanzaba a los socios colectivos de las sociedades comanditarias, aunque sin prejuzgar su condición de personas físicas o jurídicas. Pero esta disposición, justificada en la necesidad de evitar que el administrador de otra sociedad desarrollara actividades en concurrencia con

⁴⁰⁷ Así lo justifican GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 164. Debe verse ya en esta etapa cómo la opción prohibitiva no es más que una decisión de política jurídica basada en una ponderación de los argumentos favorables y contrarios. En este caso, los autores clasificaban las previsiones del precepto dedicado a esta cuestión según se fundaran en razones de capacidad, de interés privado o de interés público (p. 164) y en ninguna de las anteriores categorías se incluía la exclusión de las personas jurídicas.

⁴⁰⁸ Esta decisión se explica, sencillamente, porque los autores del Anteproyecto no concibieron las prohibiciones sólo como circunstancias originarias que impedían el acceso al cargo, sino que podían también verificarse de forma sobrevenida, determinando la extinción del mandato. GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 162.

una S.A. administrada por él mismo, no pasó a la versión finalmente aprobada del texto legal⁴⁰⁹. Por otro lado, en coherencia con la consabida prohibición, el artículo 12.3.h) APLSA 1947 exigía que los estatutos incorporados a la escritura fundacional designaran a la persona o personas que ejercerían la administración, abandonando la expresión “personas o entidades” propia del Reglamento del Registro Mercantil de 1919.

La prohibición de administrar para las personas jurídicas no se recogió en el artículo 83 de la Ley de 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas (ex. art. 72 APLSA 1947), aunque las causas del cambio de criterio del legislador no son del todo claras. Parece que prevaleció la opción permisiva por su arraigo en el tráfico mercantil, amparada, además, en el artículo 122.11 RRM 1919. La supresión contribuyó a forjar una opinión doctrinal favorable a la administración societaria por personas jurídicas, entendiéndose que, si el legislador había descartado la prohibición expresa, ello debía ser interpretado como un reconocimiento implícito por la vía del silencio⁴¹⁰. No sólo ninguna disposición legal se oponía a esta posibilidad, sino que, además, permanecía vigente el artículo 122.11 RRM 1919 con mención expresa a la constancia registral de los entes administradores.

⁴⁰⁹ Así se indica en la exposición de motivos del Anteproyecto, que puede consultarse en GARRIGUES, J., GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., DE LA PLAZA NAVARRO, M., URÍA, R., RODRÍGUEZ GIMENO, A., PALAO, MENOR J. E., SAINZ DE BUJANDA, F., *Reforma de la sociedad anónima*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947, p. 49. Véase, también, GARRIGUES, J., “Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima”, *RDM*, 26 (1950), pp. 157-201, especialmente, pp. 198-200.

⁴¹⁰ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 228. GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 164. RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, cit., p. 282. La excepción, la constituía GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 351-352, quien valoraba positivamente la previsión del Anteproyecto. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., p. 288.

No obstante, el artículo 72.2 LSA 1951, relativo a la inscripción del nombramiento de los administradores, mantuvo la redacción original del Anteproyecto y, por tal motivo, sólo preveía la constancia de los nombres y apellidos de los administradores. Una interpretación excesivamente apegada a la dicción legal podía conducir a considerar que, aun desaparecida la mención en sede de prohibiciones, el artículo 72.2 LSA 1951 se oponía a la designación de entidades para el cargo. Con todo, parece más plausible que se tratara de un mero *lapsus calami* del legislador quien, al eliminar la referencia del artículo 82 del Anteproyecto, no se preocupó por ajustar la redacción del artículo 72.2 LSA⁴¹¹. Por último, en esta materia, interesa también el artículo 12.3.h), relativo al contenido de los estatutos incorporados a la escritura de constitución. Aunque en el Anteproyecto el precepto se refería a la designación de la *persona* o *personas* que habrían de ejercer la administración, en la Ley requería la mención del *órgano u órganos* que habrían de ejercer la administración (art. 11.3.h) LSA 1951). La nueva redacción no sólo se separaba de la propia del artículo 122.11 RRM 1919 (entidades o personas), sino que inducía a confusión sobre el alcance de la disposición, pues parece que, en el tránsito del texto preparatorio al normativo, la disposición pasó de regular una cuestión de orden subjetivo (quién puede ser administrador) a referirse a la atribución del poder de representación. En este contexto, la generalidad de los autores, aun favorable, reclamaba un posicionamiento claro por parte del legislador⁴¹².

⁴¹¹ POLO SÁNCHEZ, E., M. “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., pp. 230-231 proponía una interpretación no apegada a la literalidad de la norma, para evitar contrasentidos. Le sigue, PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2946-2947 y nota 5.

⁴¹² POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., pp. 234-235. IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., p. 170 y nota 60.

2.1.2. Sociedades comanditarias por acciones

En relación con las sociedades comanditarias por acciones, el apartado segundo de la Disposición Transitoria Tercera LSA 1951 contemplaba los supuestos en que las corporaciones locales o sus instituciones delegadas asumieran la condición de socio colectivo en sociedades comanditarias por acciones y, por ende, fueran sus administradores naturales. En realidad, la mención al socio colectivo-persona jurídica era tangencial y tenía por fin excluir la aplicación del apartado primero de la disposición transitoria a sociedades comanditarias por acciones administradas naturalmente por corporaciones locales, siempre que la empresa así constituida tuviera como propósito la ejecución de obras de interés público u otros de competencia municipal o provincial (DT III LSA 1951). En ese primer apartado se imponía, so pena de nulidad, la transformación o la reducción de capital para todas las sociedades de responsabilidad limitada y aquellas comanditarias por acciones distintas de las anteriores cuyo capital superara los cinco millones de euros. A la vista de la disposición transitoria analizada, resulta que la LSA 1951 concebía la administración a cargo de socios colectivos que fueran personas jurídicas en la sociedad comanditaria por acciones, al menos, como una posibilidad real en el tráfico y, según parece, plenamente lícita. Al tiempo, permitía constatar la presencia efectiva de entes jurídico-públicos en la administración de formas capitalistas de empresa en el tráfico mercantil de mediados del siglo XX.

2.2. El Reglamento del Registro Mercantil de 1956

El Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y el Arancel de los honorarios que devengarán los Registradores Mercantiles modificó escasamente las coordenadas normativas⁴¹³. En materia de inscripción de la sociedad anónima, el nuevo Reglamento reprodujo la redacción del artículo 11.3º.h) LSA 1951, requiriendo que los estatutos mencionaran el órgano u órganos encargados de la administración (102.h) RRM 1956)⁴¹⁴. Para el caso de la inscripción de sociedades de responsabilidad limitada, bastaba la mención de la *persona* o *personas* que administraran la sociedad y su forma de actuar (art. 120.8 RRM 1956). En cuanto a la inscripción del nombramiento de los administradores, el artículo 108 RRM 1956 preveía la necesaria constancia del *nombre y apellidos* del titular del cargo. En todos los casos reseñados, resulta destacable la desaparición de la expresión “entidades” con respecto al artículo 122.11 RRM 1919, que fue reemplazada por la referencia a los nombres y apellidos, tanto en relación con los primeros administradores, como en previsión de ulteriores nombramientos.

A la vista de lo anterior, podía razonablemente sostenerse que el nuevo texto reglamentario era contrario a la designación de personas jurídicas. Sin embargo, habría que considerar que, por ejemplo, el artículo 108.3 RRM 1956 se limitaba a reproducir los términos del artículo 72 LSA y éste, a su vez,

⁴¹³ BOE núm. 66, de 7 de marzo de 1957, pp. 1438-1468 y BOE núm. 73, de 14 de marzo de 1957, p. 1368.

⁴¹⁴ Esta referencia al órgano u órganos servía de fundamento a una estructura orgánica diferente a la legalmente planteada, aparentemente habitual en la práctica notarial, aunque igual de controvertida. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. Á., “Los estatutos sociales y su modificación”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 1-48, en concreto, pp. 21-22. PÉREZ HERESA, J., “Los estatutos sociales”, cit., pp. 218-219. En la actualidad, la mención ha desaparecido y, a salvo las sociedades cotizadas, parece que sólo es posible en relación con el director general estatutario. La relacionan con la posibilidad de crear varios órganos de representación, ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 287.

procedía del APLSA 1947, cuya redacción no fue adaptada tras la supresión de la prohibición inicialmente proyectada. No hay, en realidad, cambio de criterio alguno en la *mens legislatoris* o, si se prefiere, en los redactores del Reglamento, sino que éstos se limitaron a acoger la expresión de la ley, con origen en un texto prelegislativo que preveía una solución opuesta a la finalmente aprobada. De esta forma, el argumento literal debería decaer en pro de una interpretación coherente con los antecedentes del Reglamento y favorable al administrador persona jurídica⁴¹⁵. En definitiva, los elementos de interpretación histórica, sistemática y del Reglamento en su contexto apuntaban en dirección contraria a la exégesis literal de sus palabras.

Por otro lado, escasas dudas se planteaban en relación con la sociedad comanditaria por acciones, pues el artículo 99 RRM 1956 remitía a lo dispuesto para las sociedades colectivas. En relación con estas últimas, el artículo 98.3 RRM 1956 preveía que los socios pudieran ser personas físicas o jurídicas, debiendo quedar constancia de sus nombres y apellidos en el primer caso y de su razón social en el segundo. A mayor abundamiento, la inscripción primera de las compañías comanditarias por acciones incluía la mención de los socios a quienes se encomendara la administración, sin que en este punto el Reglamento estableciera distinción alguna entre su condición de personas físicas o jurídicas (art. 98.8 RRM 1956).

En el intervalo entre la LSA 1951 y el RRM 1956 se había aprobado la Ley de 17 de julio de 1953, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, como es sabido, contenía una remisión a las normas en materia de administración de

⁴¹⁵ Si se quiere, por aplicación de la presunción de permanencia de la solución histórica, PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas: análisis del artículo 3.1. del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 64-68. En este sentido, POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 233.

la sociedad anónima (art. 11 LSRL 1953). Salvo su artículo 7.8, que requería mencionar a la persona o personas que ejercieran el cargo y la prohibición legal de competencia *ex* artículo 12, la norma no contenía otras reglas de orden subjetivo que afectaran a los administradores. Como en el caso del Reglamento, la LSRL 1953 hacía expresa referencia al supuesto en que el socio fuera una persona jurídica (art. 7.1), pero no así en el caso de los gestores.

2.3. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 1984

La consolidación de la postura favorable de nuestro ordenamiento hacia la administración de sociedades capitalistas por personas jurídicas culminó con un relevante pronunciamiento del Tribunal Supremo, quien, en sentencia de 31 de octubre de 1984, afirmó no observar prohibición legal u otro impedimento jurídico para que las personas jurídicas sean designadas “*consejeras en las sociedades anónimas*”⁴¹⁶. En ella, el alto tribunal resolvía un recurso de casación interpuesto frente a la sentencia que declaraba la nulidad de la Junta general de una sociedad anónima, en la que, entre otros asuntos, se había decidido el nombramiento de personas jurídicas como miembros del consejo de administración.

Al cuestionarse en casación el nombramiento, el alto tribunal consideró que, el hecho de que determinadas circunstancias de necesaria mención a efectos de inscripción en el Registro Mercantil sólo resultaran predicables de las personas naturales, no era obstáculo al nombramiento de personas jurídicas como

⁴¹⁶ STS (Sala de lo Civil), de 31 octubre de 1984 [RJ 1984\5152], Segunda sentencia, Considerando Tercero. Se trata de la segunda de las dos sentencias recaídas en esa fecha y de conformidad con el régimen de casación vigente bajo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, sobre un recurso de casación por infracción de ley. El supuesto de hecho puede consultarse en STS (Sala de lo Civil) de 31 de octubre (núm. 187) [Id Cendoj 28079110011984100186].

administradores. Así, el TS acogía una interpretación lata de la norma, en línea con la mayoría doctrinal⁴¹⁷ y, en este sentido, afirmaba que para la inscripción del nombramiento de un administrador bastaría la consignación de sus *elementos individualizadores*. La discusión, animada por los términos de la ley y el reglamento, quedaba zanjada en sentido favorable a la designación de personas jurídicas gracias a una exégesis no literal de los preceptos. A mayor abundamiento, ésta era también la solución en la práctica registral, según revela el hecho de que los nombramientos cuestionados se hubieran inscrito efectivamente en el Registro Mercantil, argumento que también fue traído a colación por el alto tribunal.

El valor de la resolución comentada no reside sólo en haber puesto fin a las dudas interpretativas planteadas por el Derecho vigente, sino que todavía hoy, una vez resuelto el problema de la admisibilidad de la figura, aporta un elemento hermenéutico de cierta utilidad. Y es que, el criterio utilizado por el Tribunal Supremo en este punto se basa en admitir la designación siempre que puedan hacerse constar los “elementos individualizadores” del sujeto nombrado. Este parámetro puede ser de utilidad en el contexto actual, teniendo en cuenta que la designación de determinadas personas jurídicas como administradores puede presentarse problemática en los casos en que no se encuentren sujetas a obligación formal alguna, de modo que no resulte posible para los terceros su identificación o la de las personas físicas integrantes. Así ocurrirá, por ejemplo, en los casos en que las entidades jurídicas tengan reconocido el atributo de la personalidad sin necesidad de identificación o inscripción registral.

⁴¹⁷ VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2ª ed., vol. I, Barcelona, Bosch, 1986, p. 374.

3. El reconocimiento normativo expreso en Derecho español de sociedades de capital y la opción del legislador por el representante permanente

Si el periodo anterior culmina con el reconocimiento jurisprudencial de la figura, esta nueva etapa se enmarca en un contexto de reforma del Derecho español de sociedades, en cuyo trasfondo se sitúan las cuatro Directivas europeas aprobadas hasta entonces, pero también la malograda Propuesta Modificada de Quinta Directiva del Consejo basada en el artículo 54, párrafo 3, letra g) del Tratado de Roma, relativa a la estructura de las Sociedades Anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos. Según se ha analizado, este último texto acogió y reguló la administración societaria por personas jurídicas, aunque su reconocimiento dependía, en cada caso, del criterio del Estado miembro correspondiente. Si se califica el refrendo como parcial es porque, en el ámbito español, en ningún caso se había planteado reservar los cargos ejecutivos a las personas físicas. Es cierto que, en no pocos casos, el recurso al administrador persona jurídica responde mejor a supuestos de titularidad dominical que al desempeño de labores de gestión cotidiana, pero este planteamiento no había calado, y tampoco lo haría más tarde, en la legislación española⁴¹⁸.

Con el trasfondo de los textos europeos, se propone analizar este tercer periodo a partir del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, en sus dos

⁴¹⁸ En la doctrina, favorable, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., p. 289. IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., p. 171 es contrario a que las personas jurídicas asuman cargos de naturaleza delegada. Sobre esta cuestión, véase *infra* Capítulo VI, XII.6.

versiones, de 20 de diciembre de 1978 y de 30 de mayo de 1979⁴¹⁹. Aunque estos trabajos preparatorios son cronológicamente anteriores a la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la comunidad Económica Europea (CEE), se reserva su examen para el estudio conjunto con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Con todo ello, se inaugura una etapa cuyo hilo conductor sería la sucesión de múltiples textos mediante los que cristalizaría el reconocimiento normativo del administrador persona jurídica.

3.1. La Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades

Habrían de transcurrir algunos años hasta que el Derecho español de sociedades emprendiera el reclamado proceso de modernización a partir de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades. La norma procede de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades⁴²⁰, que el Ministerio de Justicia hizo suyo, dando pie al Anteproyecto de Ley de título homónimo, de 21 de marzo de 1989.

⁴¹⁹ Elaborados por la Ponencia especial nombrada por Orden Ministerial de 21 de abril de 1978 y compuesta por los Vocales de la Comisión General de Codificación D. Joaquín Garrigues, D. Fernando Sánchez Calero, D. Manuel Broseta Pont, D. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano.

⁴²⁰ El texto fue elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presentado el 17 de junio 1978 y publicado en el Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año XLI, Suplemento al núm. 1469, de 5 de octubre de 1978, pp. 2917-2987. El Anteproyecto puede consultarse en el Boletín de información del Ministerio de Justicia, Año XLI, Suplemento al núm. 1469, cit., p. 2934, mientras que el texto acogido por el Ministerio se encuentra disponible en el BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 28 de abril de 1989, núm. 304 (a), (Cong. Diputados, Serie A, núm. 80).

Asimismo, la Ley 19/1989 contenía la correspondiente habilitación para la refundición, por separado, de las normas relativas a las sociedades anónimas (DF 1.1 a 3 Ley 19/1989) y de responsabilidad limitada (DF 1.4 Ley 19/1989) que dio pie al Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, algo más tarde, a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La ley modernizadora incorporó las previsiones de las Directivas ya aprobadas de la entonces Comunidad Económica Europea y pospuso la reforma de la regulación de los órganos sociales, a la espera de que prosperara la Propuesta Modificada de Quinta Directiva en esta materia. Por este motivo, podría pensarse cabalmente que la cristalización normativa del criterio doctrinal y jurisprudencialmente asentado en materia de administración por personas jurídicas quedaría relegada a ese eventual texto armonizado y, por tanto, la Ley 19/1989 no incidiría sobre esta cuestión. Muy al contrario, la norma clarificó las disposiciones relativas a la constitución de sociedades anónimas⁴²¹, cuyos términos habían sido relevantes en el debate sobre la postura de la LSA 1951 al respecto. Pero, además, durante su tramitación se replanteó la posibilidad de que los socios colectivos de las sociedades comanditarias por acciones fueran personas jurídicas.

3.1.1. Sociedades anónimas

La Ley 19/1989 dio nueva numeración al articulado de la LSA 1951 y separó en dos artículos distintos el contenido de la escritura de constitución y el propio

⁴²¹ Muy crítico en este punto, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 66-67.

de los estatutos sociales, incluidos ambos en el primigenio artículo 11 LSA 1951. Así, tras la ley modernizadora, el artículo 8 LSA 1951 recogía las menciones necesarias de la escritura de constitución, antes incluidas en el apartado tercero de su artículo 11. Desde esa fecha, era necesario que la escritura de constitución incluyera los nombres y apellidos de las personas que se encargaran inicialmente de la administración o su denominación social si fueran personas jurídicas y, en todo caso, su nacionalidad y domicilio (art. 8.6 LSA 1951 tras la Ley 19/1989)⁴²². La mención expresa al administrador persona jurídica solventaba las dudas suscitadas por el silencio de la LSA 1951 y agravadas por el Reglamento del Registro Mercantil de 1956. La norma recuperaba la claridad propia del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, si bien, en esta ocasión, se empleaba el término “persona jurídica”, en lugar del más amplio “entidad”, propio del primer texto reglamentario⁴²³. Además, el artículo 147.1. h) LSA 1951, relativo al acuerdo de fusión, se refería expresamente al supuesto en que los administradores de las sociedades intervinientes en la fusión fueran personas jurídicas, exigiendo la constancia de su denominación o razón social. La mención no se recoge hoy en el apartado octavo del artículo 39.1. LME.

Estas leves modificaciones no alteraban sustancialmente el contenido de la norma ni variaban la comprensión que doctrina y Tribunal Supremo extraían de las disposiciones vigentes, pero consolidaban la admisión expresa como

⁴²² La mención expresa a la posibilidad de que los administradores iniciales fueran personas jurídicas no constaba en la primera versión del Anteproyecto, de 17 de junio de 1987, sino que fue introducida en el texto del Ministerio de Justicia, de 21 de marzo de 1988, aunque ahora bajo el artículo 15.6, que pasará bajo el número 8.6 al texto definitivo. Puede observarse en el artículo 14 del Anteproyecto, relativo al contenido de la escritura de constitución, que éste se refiere sólo a las personas que inicialmente se encarguen de la administración, con remisión al artículo 19 del mismo texto, que sólo exige que los primeros administradores se sometan a aprobación de la primera Junta general.

⁴²³ En sentido semejante, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 142.

criterio de política jurídica⁴²⁴. Aun a pesar de su notable función clarificadora, el nuevo artículo 8.6 LSA 1951 generó una duda interpretativa adicional que, por otro lado, también podría haberse planteado a raíz de cualquiera de los textos anteriores, desde el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 hasta el entonces vigente de 1956. Y es que, al ubicar el reconocimiento del administrador persona jurídica en el precepto relativo al contenido de la escritura fundacional, sin incorporar otra regla en el capítulo dedicado al órgano de administración, podía cuestionarse si, con ello, la ley preveía que las personas jurídicas fueran designadas como primeros administradores, pero rechazaba su designación en momentos posteriores al fundacional⁴²⁵. Sin embargo, una propuesta hermenéutica tal carece de justificación histórica, sistemática o contextual en nuestro ordenamiento. Por un lado, porque, a diferencia del modelo francés, no regía en las sociedades anónimas españolas la regla del autorganicismo. Por consiguiente, no se planteaba entre nosotros la necesidad de admitir la administración por personas jurídicas sólo en el momento fundacional para prevenir el riesgo operativo de que la administración quedara vacante si todos los socios fundadores fueran personas jurídicas.

La referida tesis tampoco encuentra apoyo en los precedentes legislativos o doctrinales, sino que la situación sistemática de la mención al administrador

⁴²⁴ En la doctrina, SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993, p. 38. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 125. Aceptación e inscripción del nombramiento”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1395-1402, en particular, p. 1399. Posteriormente, en ambos tipos sociales, RIBELLES ARELLANO, J. Mª., GIMÉNEZ RAMÓN, R., “Los administradores: nombramiento, número y garantías”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPADA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 633-655, en concreto, p. 639.

⁴²⁵ Parece entender la disposición en este sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 81.

persona jurídica responde a la génesis de la norma. Si se indaga en su conformación histórica, se apreciará que la regulación de las sociedades en el Código de Comercio dedicaba escasos preceptos al órgano de administración y en ellos no se regulaban aspectos de orden subjetivo. Tales cuestiones eran objeto de mención en las normas dedicadas al contenido de la escritura fundacional y los estatutos y, por esta razón, en los textos reglamentarios examinados hasta ahora, las condiciones subjetivas de los administradores se ubicaban en disposiciones de contenido análogo a las del Código.

Esta situación se mantiene en la LSA 1951, también tras la Ley 19/1989, sin que ello deba servir para entender reservado el nombramiento de entidades al momento fundacional. En definitiva, a pesar de la heterodoxia de la ubicación sistemática del artículo 8.6 LSA 1951, por primera vez, una disposición española de rango legal reconocía de forma explícita la posibilidad de que también los entes con personalidad jurídica fueran designados e inscritos como administradores en la sociedad anónima.

3.1.2. Sociedades comanditarias por acciones

También la administración de las sociedades comanditarias por acciones a cargo de personas jurídicas fue objeto de discusión durante la tramitación de la Ley 19/1989, pues el artículo decimocuarto, apartado segundo, de su Anteproyecto pretendía añadir un segundo párrafo al artículo 151 Cdc, dedicado a los socios colectivos de la sociedad comanditaria por acciones, donde se estableciera que todos ellos fueran personas físicas⁴²⁶. La aplicación de este requisito marginaría a las personas jurídicas de la administración. Con

⁴²⁶ BOCG, Senado, III Legislatura, Serie II: Textos Legislativos, 28 de abril de 1989, núm. 304 (a), (Cong. Diputados, Serie A, núm. 80).

la prohibición, desaparecerían las figuras híbridas, resultado de colocar a personas jurídicas –generalmente, entidades con responsabilidad limitada para sus socios– como socios colectivos de la sociedad comanditaria, simple o por acciones. Aunque sin éxito, dos grupos de enmiendas parlamentarias se opusieron a esta propuesta modificativa. De un lado, se proponía añadir que también las personas jurídicas pudieran ser socios colectivos, de forma que el proyectado apartado segundo del artículo 151 Cdc diera expresa cabida a ambos supuestos. Por otro lado, se sugería, simplemente, la eliminación de ese segundo apartado, dejando la cuestión abierta a la interpretación⁴²⁷.

Del rechazo a las enmiendas parlamentarias se extrae que la propuesta prohibitiva se relacionaba, precisamente, con el desarrollo de formas híbridas en las que el atributo de la limitación de responsabilidad se utilizaba para reducir el riesgo derivado de la gestión de la sociedad, naturalmente a cargo de los socios colectivos⁴²⁸. Desde la perspectiva de los autores del texto, la creación de estas formas híbridas de empresa desnaturalizaba el tipo comanditario, al permitir detraer o reducir el riesgo gestor que en él se considera consustancial a la condición de socio colectivo. Así, para quienes sostuvieran esta concepción, resultaría indiferente que la limitación del riesgo beneficiara a los socios de la persona jurídica-socio y no directamente a ésta, pues parece que se presume cierto abuso de la personalidad del ente administrador por parte de sus socios de control. Pero las formas híbridas de sociedades comanditarias, tanto simples como por acciones, se habían impuesto ya en la realidad del tráfico de otros ordenamientos, principalmente, en el caso alemán y, por esta razón, la fórmula prohibitiva no fue bienvenida

⁴²⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, III Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de abril de 1989, núm. 80-8,

⁴²⁸ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, t. I., Madrid, Benzal, 1976, p. 549, de forma que ninguna persona física responde personalmente.

por la doctrina, sino duramente criticada, aun a pesar del moderado uso de este tipo en el caso español⁴²⁹.

No obstante el fracaso de las enmiendas, el texto finalmente aprobado no incorporó el controvertido apartado segundo del artículo 151 Cdc y este cambio de criterio debe relacionarse con el rechazo doctrinal y la influencia de los modelos comparados⁴³⁰. Como en otros momentos de este *iter* legislativo, la tentativa de prohibición seguida de una modificación del texto prelegislativo, que culmina en el silencio de la ley sobre la cuestión, ha sido interpretada en sentido favorable a la licitud del socio colectivo-persona jurídica⁴³¹. Por consiguiente, resulta que, tras la ley de reforma, el artículo 151 Cdc conducía a idéntico resultado interpretativo para las sociedades comanditarias por acciones, pero la autonomía tipológica de la primera con respecto a las sociedades anónimas se pone de manifiesto en la ausencia de un debate conjunto sobre los requisitos subjetivos para su administración.

⁴²⁹ Muy crítica con la prohibición, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, BLANQUER UBEROS, R., HERNÁNDEZ CRESPO, C. M. (pres.), ALONSO UREBA, A. CHICO ORTIZ, J, M^a., LUCAS FERNÁNDEZ, F. (coords.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 889-907, en particular, pp. 904-906. Recoge el planteamiento favorable de la doctrina de la época, DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Notas sobre la nueva regulación de la Sociedad en Comandita por acciones en la ley 19/1989 de 25 de julio de reforma parcial y adaptación en materia de sociedades”, *Diario La Ley*, 2471 (1990), pp. 1009 y ss. [versión electrónica], p. 6/18.

⁴³⁰ GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 89.

⁴³¹ THOMASCHEWSKI MELEGARI, M^a. R., “La nueva sociedad comanditaria por acciones: una aproximación a sus principales problemas”, *RJC*, 90-3 (1991), pp. 641-669, en concreto, p. 654. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones...*, cit., p. 147. GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, cit., p. 90.

3.2. Del Anteproyecto de 1979 al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989

Como es sabido, con carácter previo a la Ley 19/1989, se había elaborado un Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, conocido por la fecha en que fue acogido por el Ministerio de Justicia, en 1979. Los trabajos prelegislativos fueron objeto de cierta crítica por separarse de la línea marcada por los textos europeos y, en este sentido, muchas de sus soluciones no prosperaron en la Ley 19/1989 y, tampoco en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1979⁴³². Entre ellas se incluye la cuestión relativa a la administración por personas jurídicas, pues, como el Anteproyecto de 1951, el artículo 92.1 del Anteproyecto de 1979, al ocuparse de las prohibiciones o incompatibilidades para ejercer el cargo, establecía que no podrían ser administradores las personas jurídicas. La previsión era idéntica a la contenida en el artículo 82 APLSA 1947, si bien, en esta ocasión, el precepto dedicado a las incompatibilidades presentaba un contenido y ubicación sistemática diferentes. Por un lado, ya no se recogía al final del capítulo relativo al órgano de administración, sino a su inicio, inmediatamente después del artículo 91,

⁴³² Ello, a pesar de que sus redactores procuran incorporar las soluciones de los textos de la CEE, BROSETA PONT, M., “Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas”, AA.VV., *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 183-203, especialmente, pp. 185 y 196. Los redactores de la Ley 19/1989 reconocen que aquellos trabajos prelegislativos facilitaron esta tarea. Así, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El Anteproyecto de Ley de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 13-20, en concreto, p. 15. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, BLANQUER UBEROS, R., HERNÁNDEZ CRESPO, C. M. (pres.), ALONSO UREBA, A. CHICO ORTIZ, J. M^a., LUCAS FERNÁNDEZ, F. (coords.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 35-60, en concreto, p. 56.

referido a los requisitos personales. En realidad, el Anteproyecto era en este punto muy deficiente, pues un buen número de prohibiciones e incompatibilidades se ubicaba en el apartado segundo del artículo 91, reservando el siguiente precepto sólo a la prohibición para las personas jurídicas, los supuestos de *interlocking*, la prohibición de competencia y la exclusión de aquéllos que tuvieran intereses opuestos a la sociedad (art. 92 APLSA 1979). El Anteproyecto, que también regulaba un modelo de administración dualista, extendía la prohibición a los miembros de la dirección y del consejo de vigilancia (art. 109 APLSA 1979).

También en este texto prelegislativo se refleja la influencia del Derecho alemán de sociedades anónimas sobre el modelo de gestión; además de en la prohibición para las personas jurídicas, contenida ya entonces el § 76.3 AktG, ello subyace en la obligatoriedad del sistema de administración dualista para las sociedades anónimas de mayor dimensión (arts. 90 y 89.5 APLSA 1978 y APLSA 1979)⁴³³. Pero, como en el caso del Anteproyecto de 1947, el texto acogía una formulación negativa, diferente a la exigencia de que todos los miembros del *Vorstand* y del *Aufsichtsrat* sean personas físicas de su homónima alemana (§§ 76 Ab. 3 y 100 Ab. 1 AktG 1965, ya entonces vigente). De forma análoga a cuanto acaeció con el Anteproyecto de 1947 con respecto a la LSA 1951, la prohibición de que las personas jurídicas fueran designadas administradores en las sociedades anónimas no prosperó entre nosotros. Es cierto que, en este caso, el Anteproyecto de 1979 no constituye el precedente inmediato del TRLSA 1989, sino que el texto preparatorio fue abandonado y, con él, también la solución prohibitiva.

⁴³³ BROSETA PONT, M., “Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas”, cit., p. 199. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2311.

Por todo ello, la prohibición de administrar para las personas jurídicas no sólo no pasó al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, sino que, además, su artículo 125 TRLSA 1989, relativo a la aceptación y el nombramiento de los administradores, contempló expresamente el supuesto en que éstos fueran personas jurídicas. En tales casos, se exigía la constancia registral de la denominación social, domicilio y nacionalidad de la persona jurídica administrador. Esta previsión se contenía ya en el artículo 8.6 LSA 1951 (art. 8.f) TRLSA 1989), pero su novedad no radica tanto en el contenido como en su incardinación sistemática, pues, mientras que el artículo 8.f) TRLSA 1989 se refería a la escritura de constitución, su artículo 125 correspondía al capítulo quinto, dedicado a la regulación del órgano de administración. Al mencionarse la posibilidad de inscribir el nombramiento de un administrador persona jurídica entre las disposiciones rectoras del órgano administrativo, y ya no sólo entre las reglas reguladoras de la fundación de la sociedad, se consolidaba su reconocimiento legal con carácter general y quedaba disipada toda duda sobre su admisibilidad en momentos posteriores a la constitución. Aun debiendo valorarse ésta como una sede más adecuada al tratamiento de esta cuestión, el problema de las personas jurídicas como administradores en el ordenamiento jurídico español se abordaba todavía desde la exclusiva óptica de la inscripción del nombramiento.

3.3. La necesaria identificación de una persona natural como representante en el artículo 143 RRM 1989

Con apenas una semana de diferencia con respecto al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aparece el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre. Su artículo 143 incorporaba una exigencia no prevista en el TRLSA 1989, a saber, la necesidad de hacer constar la identidad de una persona física representante de la persona jurídica administrador como requisito para que el nombramiento del ente moral resultara inscribible en el Registro Mercantil. Con la nueva disposición reglamentaria, el ordenamiento jurídico español adoptaba un nuevo criterio de política jurídica, distinto al deducible del TRLSA 1989⁴³⁴. En efecto, el artículo 125 TRLSA 1989 reconocía el acceso al Registro Mercantil del nombramiento de personas jurídicas como administradores, sin mayores condicionantes, de modo que la ley no exigía el desempeño del cargo por medio de un tercero no administrador, cuya designación era prerrequisito para el nombramiento. En tal sentido, la ley no prejuzgaba la forma en que el ente administrador organizaba el desempeño del cargo en su esfera interna ni tampoco frente a la sociedad administrada. En cambio, el Reglamento atribuía el ejercicio de las funciones inherentes al cargo de administrador a la persona natural representante, por lo que el nuevo artículo 143 RRM incurría en un exceso de reglamentación *ratione materiae*, inmiscuyéndose en cuestiones sustantivas sobre el funcionamiento del órgano de administración⁴³⁵.

Mayor censura merece esta técnica de reglamentación si se tiene en cuenta la proximidad temporal entre el RRM 1989 y las dos reformas de la legislación societaria del mismo año, en las que pudo haberse tenido en cuenta esta

⁴³⁴ Crítico, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, *RCDI*, 598 (1990), pp. 1053-1116, en concreto, p. 1110.

⁴³⁵ Y, en tal sentido, la disposición reglamentaria ha sido objeto de crítica por su insuficiente fundamento legal. Recientemente, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, cit., p. 104.

solución, que además era la prevista en la Propuesta Modificada de Quinta Directiva. No obstante, es posible que el reproche resulte matizable, pues cabe que el legislador societario no hallara ocasión para acoger el nuevo modelo normativo en la Ley 19/1989, donde el tratamiento de la administración era sólo incidental, y, a continuación, la incorporación del representante permanente excediera del mandato refundidor en el TRLSA 1989. Si así fuera, la solución más plausible en el corto plazo era incorporar esta figura al Reglamento del Registro Mercantil, a pesar de la falta de sustrato legal. Aun así, sorprende que el acogimiento del nuevo criterio se realizara con semejante urgencia, sobre todo, en ausencia de un auténtico debate doctrinal sobre la preferencia por este modelo normativo. Bien es cierto que voces autorizadas habían apuntado al ejemplo francés, basado en un representante único y permanente, como el siguiente paso a dar en el régimen español de la administración societaria por personas jurídicas⁴³⁶. Se trataba, en definitiva, de favorecer la tutela de los terceros mediante la constancia registral de la persona natural que desempeñara el cargo en nombre del ente, liberándolos de la carga y los costes derivados de identificar a los gestores o miembros de la persona jurídica⁴³⁷. Pero el Reglamento no se contentó con añadir este requisito formal,

⁴³⁶ DE ARRILLAGA, J. I., “Consejo de administración”, cit., p. 8. POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., p. 234. Se refería genéricamente a “un representante legal”, SOLÁ CAÑIZARES, F., *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español con especial referencia a las legislaciones extranjeras*, cit., p. 238. GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953, p. 204 e *Ibidem*, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed, t. II, Madrid, Aguirre, 1976, p. 165.

⁴³⁷ En sentido similar, RUANO BORRELLA, J. P., “El órgano de administración después de la reforma de 1989”, AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, t. II, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991, pp. 171-204, en concreto, p. 184. LANZAS GALVACHE, J., “El Reglamento del Registro Mercantil y la Ley de Reforma (R. D. 1597-1989, de 29 de Diciembre, en relación con la L. 19/89, de Julio y el R.D.L. 1564/89, de 22 de Diciembre)”, *BEE*, 139 (1990), pp. 149-188, en concreto, p. 174.

sino que, además, introdujo un elemento material sobre el régimen del ente gestor y su representante, al atribuir al segundo el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador.

Por lo que respecta a la caracterización de la figura en el Reglamento, del empleo del singular (*la persona física*) en el artículo 143 RRM 1989 se infiere el carácter único del representante, aunque esta cuestión no resulto pacífica en la doctrina⁴³⁸. Por otro lado, al encomendarle el ejercicio de las funciones del cargo, parecía que se quisiera dotar a la figura de cierta estabilidad, si bien, a diferencia del precepto homólogo del *Code de Commerce*, el Reglamento no empleaba el término “permanente”. Fue la Dirección General de los Registros y del Notariado quien, en una emblemática resolución de 11 de marzo de 1991, dictó la interpretación que marcaría el régimen jurídico de la institución⁴³⁹. En ella, el centro directivo resolvía sobre la suspensión de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de dos personas físicas como representantes solidarios del administrador, una sociedad de responsabilidad limitada de nacionalidad holandesa. El Registrador había interpretado el artículo 143 RRM en el sentido de que cada ente administrador debía designar a una sola persona natural, calificación que confirmó la Dirección General, quien además añadió que el cargo de representante sería ejercitado de forma permanente. En realidad, debe atribuirse mero valor declarativo a la tesis acogida en la RDGRN de 11 de marzo de 1991, pues no se aleja en absoluto de la literalidad del precepto interpretado, aunque en él no se empleen los

⁴³⁸ En pro de un único representante, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2321, aunque reconoce que la pluralidad de representantes sería más acorde con la representación de las sociedades y PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2953. Crítico, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 144-145.

⁴³⁹ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [BOE núm. 128, miércoles 29 mayo 1991] [RJ 1991\2534].

concretos términos *único* y *permanente*. El criterio de la DGRN se impuso en el ordenamiento jurídico español, condicionando posteriores reformas en la materia.

Por último, en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 143 RRM, el precepto se incluye en la sección quinta del capítulo cuarto, relativo a la inscripción de las sociedades anónimas, recogido en el título segundo sobre inscripción de los empresarios y sus actos. Aunque el capítulo quinto, dedicado a la inscripción de las sociedades de responsabilidad limitada, no contenía un precepto análogo, el artículo 143 RRM 1989 resultaba aplicable de acuerdo con la remisión del artículo 177 RRM 1989, que declaraba supletorio el régimen de las anónimas, siempre que sus disposiciones fueran compatibles con la específica naturaleza de la SL⁴⁴⁰. Entre las circunstancias de la primera inscripción de las sociedades de responsabilidad limitada, el Reglamento sólo se refería a la identidad y a la edad de las personas inicialmente encargadas de la administración de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 174.15 RRM 1989). A pesar de ello, era posible entender que, por aplicación del artículo 143 RRM, también en este tipo social resultaba posible que el administrador fuera una persona jurídica y, en tales supuestos, debía asimismo designarse a una sola persona física para el ejercicio del cargo.

En relación con las sociedades comanditarias por acciones, el artículo 366.3 RRM, sobre denominaciones subjetivas, hacía referencia a la constancia del nombre de la persona física o jurídica que asumiera la condición de socio colectivo. Además, el artículo 184 RRM 1989 remitía a las normas reglamentarias previstas para la sociedad anónima, en tanto la específica naturaleza de este tipo social no fuera obstáculo a su aplicación. Como en el

⁴⁴⁰ SOTO VÁZQUEZ, R., *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada, Comares, 1990, p. 83.

caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la remisión debe entenderse inclusiva del artículo 143 RRM, de forma que cada socio colectivo-persona jurídica de una sociedad comanditaria por acciones debía designar un representante permanente⁴⁴¹.

3.4. La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995

También en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, la administración fue regulada por medio de una remisión parcial a las normas del TRLSA 1989. En el caso de las sociedades anónimas, los artículos 8.6 y 125 TRLSA 1989 concebían la administración por personas jurídicas, por lo que la misma solución debía extrapolarse a las sociedades de responsabilidad limitada, si la LSRL 1995 no establecía otra regla. En este punto, el artículo 58.4 LSRL, análogo al artículo 125 TRLSA 1989, sólo se refería a la aceptación del nombramiento de los administradores, pero no a su inscripción en el Registro Mercantil. Al obviar la mención relativa a la inscripción, la ley también omitía la referencia expresa a la inscripción del nombramiento de una persona jurídica como administrador. Por su parte, el precepto dedicado a la mención de los primeros administradores en la escritura de constitución utilizaba la expresión “identidad de la persona o personas” (art. 12.1 LSRL), prescindiendo de la alusión a las personas jurídicas. Aun así, la remisión al

⁴⁴¹ Bajo este Reglamento, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones...*, cit., p. 146 y GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, cit., pp. 90-91. VENTURA-TRAVERSEZ HERNÁNDEZ A., “Sociedad comanditara por acciones”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 93-128, en particular, 113. LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en comandita por acciones”, *RGD*, 564 (1991), pp. 7671-7708, en concreto, p. 7689 y nota 47. Considerando que el silencio indicaba una admisión implícita, pero recelando de las eventuales figuras híbridas, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, *CDC*, 8 (1990), pp. 7-29, en concreto, p. 22.

TRLSA 1989 fue tomada en sentido favorable a la inscripción de personas morales, de forma coherente con la interpretación propuesta en sede reglamentaria⁴⁴² y esta solución hermenéutica debe entenderse válida para las sociedades de responsabilidad limitada hasta la refundición de la LSRL 1995 en la Ley de Sociedades de Capital⁴⁴³.

3.5. La presunción de continuidad del representante del artículo 143.2 RRM 1996

En la fecha de la aparición del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, vigente en nuestros días, el ordenamiento jurídico español admitía sin matices la administración a cargo de

⁴⁴² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993”, cit., p. 3204. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 643-676, en concreto, p. 656. DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2315. ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 689-772, en concreto, p. 731. Implícitamente, BARBA DE VEGA, J., “Administradores”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 255-280, en concreto, p. 265. ARANGUREN URRIZA, F.J., “Los órganos de la sociedad de capital. Parte segunda: el administrador. El consejo de administración”, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. gral.), FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. VI, vol. 2, Madrid, Civitas/Consejo General del Notariado, 2004, pp. 437-628, en concreto, p. 446.

⁴⁴³ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 141.

personas jurídicas en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada y, en ambos casos, imponía el nombramiento de una sola persona física como representante permanente. El nuevo texto reglamentario mantuvo este requisito y añadió un segundo apartado al artículo 143 RRM, contemplando el supuesto de reelección de una persona jurídica como administrador. De acuerdo con el artículo 143.2 RRM, en tales casos, el representante designado con ocasión del nombramiento originario continuará en el desempeño del cargo, salvo que fuera expresamente sustituido (art. 143.2 RRM). Por lo que respecta al origen de este segundo apartado, es posible que el legislador se inspirara en el artículo 78.1 del *Décret n. 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales*, donde se establecía que, en caso de ser reelegida la persona jurídica, el representante debería ser confirmado en el cargo. En la actualidad, tal previsión no se encuentra ya en el artículo R.225-16 *Ccomm*⁴⁴⁴. La norma española recoge el resultado interpretativo al que conduce la modificación del Código francés: si no es necesario confirmar el mantenimiento del representante, se conforma una presunción de que la persona física permanece en su cargo.

En el Reglamento vigente, el artículo 143 mantiene su ubicación sistemática con respecto a su predecesor de 1989, por lo que resultan trasladables a esta sede las consideraciones relativas a su aplicabilidad a las sociedades comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. En particular, en relación con la SL, expresamente se establece que resultarán de aplicación a este tipo social los artículos 141 a 154, con la sola excepción del artículo 142.2 (art. 192.2 RRM), por lo que el artículo 143 RRM debe entenderse plenamente aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada⁴⁴⁵. Si el legislador lo

⁴⁴⁴ ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 207.

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 58”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 745-756, en concreto, p. 751.

hubiese considerado pertinente, habría excluido la designación obligatoria de un representante en la S.L., pero, al no hacerlo, confirmaba tanto la licitud del nombramiento de personas jurídicas como la necesaria designación de un representante. Por último, también para las sociedades comanditarias por acciones el régimen de las sociedades anónimas posee carácter supletorio y resulta de aplicación siempre que no contravenga la específica naturaleza del tipo comanditario (art. 215 RRM 1989). Es por ello que la solución hermenéutica sobre la necesidad de designar a una persona física que represente a los socios colectivos en el ejercicio del cargo se mantiene con respecto al reglamento anterior⁴⁴⁶.

4. La concreción del régimen del administrador persona jurídica y de su representante en las sucesivas reformas de la legislación societaria

Hasta este momento, la administración societaria por personas jurídicas poseía amparo legal en las sociedades anónimas; en el caso de la S.L., se obtenía el mismo resultado por mor de la remisión legal y reglamentaria a las normas aplicables a las primeras y también en sentido favorable se interpretaba

⁴⁴⁶ En el régimen vigente, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “La sociedad en comandita”, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., t. I, Madrid, Civitas, 2006, pp.743-774, en concreto, p. 769. SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 252. Administración de la sociedad comanditaria por acciones”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, 2011, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1820-1829, en concreto, p. 1824. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 83.

el silencio de la regulación de las sociedades comanditarias por acciones. Con todo, nuestro sistema se situaba ya en la línea de los modelos de influencia francesa, aunque el nombramiento del representante permanente poseyera mero carácter reglamentario, sin mayores precisiones sobre su naturaleza y estatuto jurídico. Tras un periodo de cierta estabilidad normativa, durante el cual las normas rectoras de la figura objeto de estudio no sufrieron alteración alguna, se inicia en el año 2003, con la conocida como Ley de Transparencia, una nueva sucesión de reformas que progresivamente desarrollarían y concretarían el régimen legal de la administración de sociedades de capital por personas jurídicas. En este contexto se enmarca el 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.

En el plano nacional, tendría una indudable repercusión en esta materia la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002, cuyo artículo 115 recogió una solución regulatoria armónica para todos los tipos sociales mercantiles⁴⁴⁷. Bajo la rúbrica “Administrador persona jurídica”, el primer apartado del precepto recogía la exigencia de designar a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. De esta forma, se proyectaba elevar a rango legal el requisito reglamentario, concretando el carácter único y permanente del cargo de representante, de acuerdo con la doctrina de la DGRN. La segunda de las disposiciones sometía al representante a los deberes y responsabilidad adscritos a la titularidad orgánica, aunque ello se reconocía sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del ente administrador. Por último y con el fin de garantizar la constancia en todo momento de la identidad de una persona física, se establecía que la

⁴⁴⁷ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2002.

revocación del representante no produciría efectos en tanto la persona moral no designara a nuevo representante. Aunque el texto preparatorio no cristalizó, el contenido de cada una de las tres disposiciones sería acogido por sucesivos textos legislativos, aunque variando ligeramente su redacción y ámbito de aplicación.

4.1. La Ley de Transparencia

El 8 de enero de 2003 se hizo público el Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, conocido como Informe Aldama. En él, la Comisión de expertos recomendaba la extensión de los deberes de los administradores a todas las personas que desempeñaran en la sociedad un papel similar al de los administradores sociales y, entre ellos, en primer lugar, se refería a las personas físicas representantes de administradores personas jurídicas⁴⁴⁸. En esta línea de aproximar el estatuto del representante al propio de los titulares orgánicos incidió de un modo particular la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, referida comúnmente como Ley de Transparencia.

De haberse seguido sin matices las indicaciones del Informe Aldama, se habría ampliado el ámbito subjetivo del régimen de deberes de los administradores, con el fin de incluir al representante permanente. Sin

⁴⁴⁸ III.2.3. Informe Aldama, p. 25. Secundado en la doctrina por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, cit., pp. 77-78.

embargo, el legislador societario prefirió no operar la extensión de forma general, sino centrarse en aspectos concretos del deber de lealtad, a saber, el deber de secreto y la conclusión de operaciones vinculadas.

Si se analizan las innovaciones en esta materia, es sabido que la Ley de Transparencia introdujo el artículo 127 *quater* TRLSA 1989, un precepto de nueva planta dedicado a esta manifestación del deber de lealtad y que en él se incluyó un apartado segundo por el que se hacía recaer el deber de reserva sobre el representante del administrador persona jurídica⁴⁴⁹. Desde entonces, la persona natural facultada para actuar como administrador quedaba expresamente sujeta a una de las manifestaciones más propias del deber de lealtad. Sin embargo, la sujeción se operaba mediante una disposición sustantiva, lo que dejaba por resolver las dudas de orden adjetivo, pues la norma no aclaraba si se concedía legitimación pasiva al representante frente a las acciones de responsabilidad por incumplimientos del deber de secreto. Con la Ley de Sociedades de Capital, la disposición se recogió en el apartado tercero del artículo 232.3. En este contexto, bien podía sostenerse una interpretación *a sensu contrario* del artículo 232 LSC, según la cual, sólo la exigencia del deber de secreto podría ser articulada en esta forma, con exclusión de las demás manifestaciones del deber de lealtad, así como las propias del deber de diligencia, que debían accionarse frente al ente administrador⁴⁵⁰. Desde otra perspectiva, en ausencia de norma habilitante, la responsabilidad recaería, en

⁴⁴⁹ La redacción original del Proyecto de ley se refería al *administrador* de la persona jurídica y no a su representante. Parece, sin embargo, que ello deba atribuirse más a un simple *lapsus calami* que a la intención de sus redactores de extender el deber de secreto a quien en cada caso ocupe una posición orgánica en el ente administrador, pues de lo contrario se habría utilizado el término en plural (los *administradores* de la persona jurídica).

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, *RDBB*, 128 (2012), pp. 35-66, en concreto, 43. CASTELLANO RAMÍREZ, M^a. J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia”, *RdS*, 23 (2004), pp. 117-144, en concreto, p. 139.

todo caso, sobre el ente administrador, quien respondería por la conducta de su representante, y sin perjuicio de la repetición en vía interna⁴⁵¹. Lo cierto es que la disposición legal fue suprimida por la Ley 31/2014, antes de que en torno a ella se consolidara uno de estos dos criterios interpretativos.

En todo caso, la doctrina que se ocupó de la cuestión estuvo de acuerdo en que la extensión del deber de secreto al representante no implicaba la dispensa del ente administrador, que quedaba igualmente sometido a la obligación de confidencialidad⁴⁵². Esta afirmación, resultado de la aplicación silogística de la norma –si la persona jurídica es administrador y éstos se someten al deber de secreto, ella queda también sujeta a esta obligación– abría inmediatamente el debate sobre el alcance del deber de secreto en la esfera del ente administrador.

Por otra parte, el artículo 127 *quater* no se limitaba a extender el deber de secreto, sino que ello se establecía “sin perjuicio del cumplimiento de la

⁴⁵¹ MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 127 quáter. Deber de secreto”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1446-1450, en concreto, p. 1449. IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 83 y JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143. FARRANDO MIGUEL, I., *El deber secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, Civitas, 2001, p. 98.

⁴⁵² RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 43. CASTELLANO RAMÍREZ, M^a. J., “Artículo 232. Deber de secreto”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1664-1674, en concreto, pp. 1673-1674. GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto,” *DN*, 254 (2011), pp. 7-23, en concreto, p. 8 y nota 8. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 127 quáter. Deber de secreto”, cit., p. 1448. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 2162-217; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 741- 798, en concreto, p. 794. IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 83. RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *RdS*, 38 (2012), pp. 73-154, en concreto, p. 85. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 324-325.

obligación que [tuvieran] de informar a aquélla”. Aparte del incorrecto uso de la tercera persona del plural del verbo tener, el legislador es consciente de que el reconocimiento de un deber de secreto a cargo del representante presupone la facultad de acceso a la información y, al reconocer esta prerrogativa al representante, se corre el riesgo de que sea interpretada en sentido excluyente para el resto de miembros de la organización de la persona jurídica (socios o administradores). Por este motivo, el precepto aclaraba que el deber de secreto del representante no era incompatible o excluyente de la obligación que el representante tuviera de informar al ente administrador que lo hubiera designado. Al utilizar la forma subjuntiva (*que tengan de informar*), el último inciso del artículo 127 *quater* evitaba prejuzgar tanto la existencia de la obligación de informar al administrador, como su naturaleza y alcance. En otros términos, el deber de comunicación al titular del cargo excedería del ámbito de la norma societaria y, si el legislador se refería a él, ello debía entenderse a los exclusivos efectos de interpretar la disposición en el sentido antes propuesto.

En realidad, la cuestión entronca con el debate sobre la autonomía del cargo de representante permanente, que impone dilucidar de antemano si nos hallamos ante un vínculo jurídico-societario formalmente independiente de cualquier otra relación jurídica entre el administrador y el representante, pero de la que resulta inescindible por razones fiduciarias⁴⁵³. Si se rechaza el carácter autónomo del cargo de representante, se aceptará que el último apartado del artículo 127 *quater* no pretendía añadir expresamente un deber de información del representante al ente titular, sino que éste se presume existente en la relación jurídica subyacente entre ambos (un contrato de comisión, una

⁴⁵³ Sobre la caracterización del cargo de representante como autónomo, véase *infra* Capítulo V, III.8.2.

relación laboral ordinaria o especial de alta dirección, un vínculo orgánico o funcional, etc.). Al contrario, si se define el cargo de representante como autónomo, puede compararse que el desaparecido artículo 127 *quater 2 in fine* TRLSA 1989 (hoy, art. 232.2 LSC) añadía al régimen jurídico-societario del representante permanente un deber de informar debidamente a su representante, con independencia de las particularidades de la naturaleza de la persona jurídica o de otra relación acumulada que aquél mantuviera con ésta.

Por lo que se refiere al régimen de conflictos de interés, la Ley de Transparencia introdujo una relación de personas vinculadas al administrador persona jurídica y a su representante en el apartado quinto del artículo 127 *ter* TRLSA⁴⁵⁴. Las primeras tres reglas identificaban a las personas vinculadas al ente administrador (los socios en posición de control, los administradores de hecho y de derecho, liquidadores y apoderados generales y las sociedades del grupo y sus socios). Las disposiciones primera y tercera de este segundo apartado del artículo 127 *ter* remitían al artículo 4 LMV, pero, como es sabido, el contenido de este precepto fue sustituido por una remisión al artículo 42 Cdc por el artículo único.3 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Es por ello que, con ocasión de la refundición de la norma en la LSC, se adaptó la remisión del apartado 1 del artículo 127 *ter* 5.2 TRLSA 1989 (hoy art. 231.2.a) LSC) a esta modificación y se optó por suprimir el renvío en el apartado tercero del mismo precepto (hoy art. 231.2.c) LSC). Por su parte, la regla cuarta del artículo 127 *ter* 2 incluía en la categoría de personas vinculadas al administrador persona jurídica a aquéllas que se consideren vinculadas al

⁴⁵⁴ El Proyecto original no incorpora el apartado quinto, sino que éste fue incorporado con ocasión de una enmienda justificada por razones de seguridad jurídica. El texto original se encuentra en BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-1, de 28/03/2003 y las enmiendas 50 y 51 del Grupo Parlamentario Popular en BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 137-5, de 12/05/2003.

representante por aplicación de las disposiciones previstas para el administrador persona física. Es evidente que la norma pretende equiparar el rigor con el que son tratadas las operaciones societarias de personas o entidades allegadas a la persona jurídica administrador o a su representante, al régimen propio de las personas físicas. De esta forma, se desincentiva la práctica consistente en designar personas jurídicas como administradores, interponiéndolas con el fin de hacer inaplicable el régimen de las operaciones vinculadas a quienes lo fueran sólo del representante o del ente administrador.

La crítica a la Ley de Transparencia por apartarse de la recomendación del Informe Aldama puede salvarse si se tiene en cuenta que la reforma prestó atención a dos de los aspectos sustantivos más relevantes del régimen del deber de lealtad, aunque no resolvía las dudas sobre el cauce para la reclamación de la responsabilidad en caso de infracción, siquiera del deber de secreto. Por otro lado, la extensión del estatuto jurídico de los administradores al representante a partir de la Ley 31/2014 ha hecho prescindible la referencia expresa a su deber de secreto, motivando la desaparición de esta referencia.

4.2. Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

Consolidado el reconocimiento de la figura en todos los tipos sociales capitalistas, la Ley 7/2003 incorporó una nueva forma simplificada de sociedad de responsabilidad limitada para la cual se establecía una regla especial en esta materia. Su régimen legal se basaba en la sencillez de soluciones, con el fin de convertirla en una forma idónea para iniciativas empresariales menores y facilitar el emprendimiento por medio de una constitución y puesta en

funcionamiento inmediatas⁴⁵⁵. En esta línea, se estableció que sólo las personas físicas pudieran ser socios (art. 133.1 LSRL, hoy art. 437.1 LSC) y, en materia de administración, se configuró como imperativo el principio autorganicista. De esta forma, si para ser administrador, de una SLNE se requiere la condición de socio (art. 139.3 SLRL, hoy art. 448.1 LSC) y sólo las personas físicas pueden ser en ella titulares de participaciones sociales, entonces, las personas jurídicas quedan excluidas del órgano de administración⁴⁵⁶. Es cierto que la ley contempla la adquisición de las participaciones sociales de la SLNE por personas jurídicas como consecuencia de transmisiones forzosas y *mortis causa*, pero, en tales casos, el ente debe proceder a su enajenación en el plazo de tres meses (art. 135.3 LSRL, hoy art. 444.2.II LSC).

El carácter interino con el que la norma concibe la tenencia de acciones por personas jurídicas en la SLNE parece incompatible con la necesaria estabilidad en el ejercicio del cargo, de lo que se deduciría que razones de operatividad del órgano, sustentadas en los rasgos tipológicos de esta forma simplificada de sociedad de responsabilidad limitada aconsejan desechar esta posibilidad. En el sentido opuesto a nuestra interpretación, cabría entender que es posible

⁴⁵⁵ BOQUERA MATARREDONA, J. “Artículo 133. Requisitos subjetivos y unipersonalidad”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pp. 72-78, en concreto, p. 73. EMBID IRUJO, J. M., “La sociedad limitada nueva empresa en el marco del Derecho español de sociedades”, *RJN*, 46 (2003), pp. 107-140, en concreto, pp. 112-113.

⁴⁵⁶ CUENCA GARCÍA, Á., “Artículo 139. Órgano de administración”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pp. 137-148, en concreto, p. 143. GARRIDO DE PALMA, V., “El emprendedor y la sociedad limitada nueva empresa”, GARRIDO DE PALMA, V. (dir.), *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 379-394, en concreto, p. 389. IRIBARREN BLANCO, M., “Artículo 448. Estatuto de los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 3003-3008, en concreto p. 3003. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 240. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 85.

designar administrador a una persona jurídica socia, a pesar de que esta situación sea interina o anómala en la forma nueva empresa. En tales casos, se atisban varios posibles desenlaces, a saber, que la enajenación de las participaciones sociales determine la pérdida de la condición de administrador o bien, el mantenimiento de la persona jurídica en la titularidad de las participaciones sociales, pasando la SLNE al régimen general para las sociedades limitadas (art. 44.2.II LSC), pero conservando el ente administrador su condición de administrador y sin perjuicio de la responsabilidad que para los gestores se derive de la falta de adaptación.

La tercera opción consistiría en admitir que la persona jurídica que pierde la condición de socio puede mantenerse en el cargo, acogiendo una exégesis literal del artículo. 448.1 LSC y del artículo 8.3 de los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa, recogidos en la Orden JUS/1445/2003, de 4 de junio). Ello pasa por entender que el artículo 448.1 LSC exige que concurra en el sujeto la condición de socio en el momento de realizar el nombramiento, pero que no resulta necesario su mantenimiento a lo largo del mandato⁴⁵⁷. Si así fuera, las personas jurídicas aspirarían a ser designadas administradores en la SLNE durante el plazo de tres meses del que disponen para enajenar las participaciones sociales y podrían conservar el cargo una vez operada la transmisión. Sin embargo, esta tesis contradice la razón de ser de la forma nueva empresa, que se concibe como una forma de sociedad cerrada autogestionada por sus socios. En todo caso, el planteamiento de la SLNE sugiere que el legislador asocia la presencia de personas jurídicas en el capital y en el órgano de administración a una mayor complejidad de la estructura organizativa de la empresa que, a su vez, conecta con iniciativas empresariales

⁴⁵⁷ En contra de esta interpretación, IRIBARREN BLANCO, M., “Artículo 448. Estatuto de los administradores”, cit., p. 3004.

de cierta envergadura, en las que se requiere la utilización de más de un vehículo jurídico.

4.3. El Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y sus modificaciones

La refundición operada en la Ley de Sociedades de Capital ordenó y clarificó la sistemática y contenido de la regulación en la materia y, con ello, su ámbito de aplicación. En primer lugar, los presupuestos para el acceso al cargo fueron ordenados en dos preceptos separados; por un lado, se situaron los llamados “*Presupuestos subjetivos*” (art. 212 LSC) y, de otro, se recogieron las prohibiciones o incompatibilidades (art. 213 LSC). En el primero de ellos, además de instituir el organicismo de terceros como regla legal supletoria, se optó por establecer expresamente que los administradores podrán ser personas físicas o jurídicas. Si hasta entonces el reconocimiento venía de una norma preocupada sólo por la inscripción registral del nombramiento, en este momento se consolida entre nosotros una regulación sustantiva. Además, el precepto resulta aplicable a los tres tipos sociales capitalistas, con lo que la Ley de Sociedades de Capital suple el silencio de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el Código de Comercio en esta materia. La refundición incidió en un segundo aspecto del régimen del administrador persona jurídica, pues introdujo una mención específica en el contenido de la memoria, estableciendo que cuando los miembros del órgano de administración sean personas jurídicas, el importe de los sueldos, dietas y otras obligaciones consignadas en este documento se referirá a las personas físicas que las representen (art. 260.9 LSC).

4.3.1. La admisión expresa en la refundición

En el Derecho español de sociedades de capital, la administración societaria por personas jurídicas se encuentra institucionalizada en el artículo 212.1 LSC. En él se declara la expresa admisión del administrador persona jurídica para, seguidamente, imponer al ente titular del cargo la designación de una sola persona física como representante en el ejercicio del cargo (art. 212 *bis* LSC). El régimen se completa con la sujeción del representante a los requisitos y deberes de los administradores, además de a responsabilidad solidaria con el ente administrador (art. 236.5 LSC). El siguiente paso debe consistir en analizar los términos en los que el legislador español se ha decantado por el criterio permisivo.

A. Justificación

En la fecha de aparición del texto refundido, el criterio favorable a la administración de todo tipo de sociedades capitalistas por personas jurídicas se encontraba ya asentado en la doctrina y práctica registral española. El artículo 212.1 LSC posee una función clarificadora del criterio de política jurídica preferido por el sistema español. En efecto, la licitud de la figura estudiada se extraía de su expreso reconocimiento en algunos preceptos de la normativa societaria. Así ocurría en el artículo 125 TRLSA 1989, dirigido a las sociedades anónimas o en el artículo 143 RRM. Sin embargo, la novedad del artículo 212.1 LSC residía en institucionalizar al administrador persona jurídica en una disposición de alcance general en materia de administración. Desde entonces, la figura analizada aparece en la ley como una cuestión de orden subjetivo, referida a la aptitud para ocupar el cargo de administrador.

B. Formulación y ubicación sistemática

El artículo 212.1 LSC representa una innovación de la refundición operada en la Ley de Sociedades de Capital, tanto por lo que se refiere a su contenido y expresión, como por su ubicación en la sistemática del texto legal. La incardinación de la cláusula que admite expresamente al administrador persona jurídica posee relevancia en la determinación del modelo normativo acogido por el ordenamiento patrio. En primer lugar, este aspecto afecta a su ámbito tipológico de aplicación. En efecto, la posibilidad de que las personas jurídicas sean administradores se extiende a los tres tipos sociales capitalistas, cuestión que merece un análisis particular⁴⁵⁸. Asimismo, la cláusula contenida en el primer apartado del artículo 212 LSC ofrece tratamiento autónomo al administrador persona jurídica, desvinculando su reconocimiento de la inscripción registral del nombramiento (relegada hoy al artículo 215 LSC) de la que, hasta entonces, resultaba inescindible por mor de los artículos 125 TRLSA 1989 y 143 RRM.

Igualmente novedosa resulta la rúbrica escogida para el artículo 212 LSC (“*requisitos subjetivos*”). Bajo este título se incluye, además de la condición de persona física o jurídica del titular, el heterorganicismo como solución supletoria en las sociedades de capital. Con ella, la Ley de Sociedades de Capital avanza en la construcción de los presupuestos positivos de aptitud para ocupar el cargo, antes recogidos bajo el genérico título “Nombramiento”. Esta disciplina es desconocida, por ejemplo, en el caso italiano, ordenamiento en el

⁴⁵⁸ Véase *infra* en este capítulo, IV.3.3.

que la falta de esta clase de requisitos se asocia con el silencio del *codice civile* sobre la institución que nos ocupa (art. 2382 c.c.)⁴⁵⁹.

Distintas de los requisitos subjetivos son las prohibiciones para ejercitar el cargo, que se remiten al artículo 213 LSC. Es cierto que ambos preceptos se refieren a circunstancias de orden subjetivo que pueden afectar a los aspirantes a ocupar una vocalía orgánica o sobrevenir en un momento posterior. Sin embargo, se diferencian por el sentido de su formulación, que puede servir como criterio delimitador de estas dos categorías. Así, en el artículo 212 LSC, las limitaciones de acceso al cargo se enuncian en sentido positivo: ser persona natural o, en su defecto, tratarse de una entidad con personalidad jurídica⁴⁶⁰. Por su parte, en la categoría de prohibiciones se insertarían las circunstancias subjetivas que se expresan en sentido negativo a partir de la cláusula “no pueden ser administradores” quienes se encuentren en alguna de las situaciones que el precepto recoge.

Pero, al distinguir entre requisitos subjetivos y prohibiciones, según el sentido positivo o negativo de su formulación, se prescinde de otros criterios sustantivos de clasificación de las previsiones legales. En lo que aquí nos concierne, parece que la sistemática acogida por la Ley de Sociedades de Capital separa en dos preceptos el tratamiento de la capacidad (jurídica y de obrar) de las personas físicas, de la propia de los sujetos de Derecho distintos de la persona natural, incluida la persona jurídica (arts. 37 y 38 CC). Así, las circunstancias que afectan a la capacidad de las personas físicas para el desempeño del cargo, a saber, la minoría de edad o la incapacitación judicial, se encuentran en el primer apartado del artículo 213 LSC y matizan la

⁴⁵⁹ BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, cit., p. 1171.

⁴⁶⁰ GALLEGU SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1502, aunque no puede compartirse la falta de presupuestos subjetivos, pues se exige personalidad jurídica a los entes.

afirmación general contenida en el artículo 212.1 LSC (*podrán ser administradores las personas físicas*)⁴⁶¹. En cambio, la exigencia de personalidad jurídica, como atributo a partir del cual se otorga capacidad, queda en el artículo 212 LSC.

El argumento puede ilustrarse tomando como ejemplo el caso alemán, a pesar de que el criterio normativo de la *Aktiengesetz* sea radicalmente opuesto. En la norma comparada, el § 76 AktG dedica un solo apartado a esta cuestión, en el que se exige que el administrador sea una persona física plenamente capaz (*unbeschränkt geschäftsfähige natürliche Person*). De este modo, las cuestiones relativas a la capacidad del sujeto designado se resuelven en una única disposición que, al tiempo que requiere la plena capacidad, veta el acceso al cargo a todos aquellos sujetos distintos de la persona natural, con independencia de que ostenten personalidad jurídica. Si se acepta, pues, que el reconocimiento de personalidad jurídica es indisoluble de la atribución de capacidad jurídica en favor de un ente, una correcta sistematización de las circunstancias de orden subjetivo aconsejaría reunir en una única disposición las previsiones hoy contenidas en los artículos 212.1 y 213.1 LSC, esto es, todas aquellas cuestiones relativas a la capacidad del sujeto.

4.3.2. La Ley 25/2011

La designación obligatoria de un representante permanente no fue elevada a rango legal hasta 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

⁴⁶¹ POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 83-84. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 124. Prohibiciones”, cit., p. 1384.

determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Consciente de la deficiente técnica de reglamentación mantenida por nuestro ordenamiento desde la incorporación del representante permanente en 1989, el legislador introdujo el artículo 212 *bis* a la Ley de Sociedades de Capital. El primer apartado del precepto de nueva planta reproducía la disposición contenida en el artículo 143.1 RRM, aunque no en sus términos literales, sino de acuerdo con la interpretación que de él había hecho la DGRN y adoptando la redacción del artículo 115.1 PCSM. A partir de entonces, la propia ley atribuye la representación exclusiva del ente administrador a una sola persona natural, que deberá ejercitar el cargo de forma permanente.

En la versión proyectada de la Ley 25/2011, el apartado segundo del artículo 212 *bis* LSC sometía al representante a idénticos deberes y responsabilidad que si ejerciera el cargo en nombre propio, sin perjuicio de la responsabilidad del titular del cargo. En realidad, el Proyecto de Ley reproducía íntegramente el artículo 115 PCSM, incluyendo sus tres apartados. Sin embargo, la disposición fue objeto de sucesivas enmiendas de modificación en el Congreso y en el Senado, en las que se proponía la supresión de la regla de responsabilidad para el representante. Sus redactores consideraban que un régimen tal sería excesivamente punitivo y estaba escasamente justificado, al existir en nuestro sistema jurídico mecanismos suficientes para imputar responsabilidad al representante⁴⁶². Para justificar esta propuesta, se tuvo en cuenta la variedad de relaciones jurídicas subyacentes que pueden establecerse entre la persona jurídica y su representante, pues, aunque a menudo estos últimos ocupan cargos en el órgano de administración de las primeras, puede también tratarse de

⁴⁶² Enmienda núm. 39 Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30/05/2011, p. 17 y Enmienda núm. 16 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de *Convergència i Unió* (GPCIU), BOCG. Senado, apartado I, núm. 89-585, de 05/07/2011, pp. 33-34.

relaciones en régimen de subordinación jerárquica (laborales o de naturaleza funcionarial). En atención a la segunda clase de supuestos, entendían aconsejable remitir la exigencia de responsabilidad del representante a la vía interna, en el sentido apuntado por el Consejo de Estado en su Dictamen de 5 de noviembre de 2010. En la doctrina, aunque con excepciones, predominó la preferencia por una regla expresa en materia de responsabilidad de la persona natural representante⁴⁶³. Una de las referidas enmiendas prosperó en un Dictamen de la Comisión en el Senado y la controvertida disposición desapareció del artículo 212 *bis* LSC⁴⁶⁴. De nuevo, en este punto, el *iter* legislativo y, en concreto, el propio texto de las enmiendas ha sido utilizado como argumento para desechar la extensión automática del estatuto jurídico de los administradores al representante⁴⁶⁵.

El segundo apartado del artículo 212 *bis* LSC (el tercero en el proyecto de ley) contiene, en realidad, dos previsiones. Por un lado, establece que la revocación del representante no producirá efectos en tanto no se designe a la persona que lo sustituya, tomándose aquí el tercer apartado del artículo 115 PCSM. La finalidad de la norma es similar a la propia del artículo 143.2 RRM y consiste en garantizar a los terceros la constancia en todo momento de la identidad de la persona natural representante, eliminando los costes derivados de la indagación en la esfera jurídica del ente administrador. Sin embargo, el supuesto de hecho normativo difiere en uno y otro caso, pues si el artículo 143.2

⁴⁶³ Muy crítica con la supresión del apartado, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas”, *RdS*, 37 (2011), pp. 119-140, en concreto, p. 129.

⁴⁶⁴ BOCG. Senado, apartado I, núm. 94-611, de 13/07/2011, p. 2. En la tramitación parlamentaria se descuidó adecuar el Preámbulo de la ley al texto enmendado y, por este motivo, éste se refiere a la inclusión de una regla específica de responsabilidad solidaria de la persona jurídica representada.

⁴⁶⁵ Así, SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 26 de junio de 2012 (núm. 393) [JUR 2012\244344].

RRM contempla la reelección de la persona jurídica, el artículo 212 *bis* 2. I LSC se refiere al cese de su representante, ante la posibilidad de que éste se produzca en un momento distinto de la extinción del mandato orgánico de la persona jurídica. En segundo lugar, se establece que la designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los mismos términos que el artículo 215 LSC prevé para la propia del nombramiento de los administradores.

4.3.3. La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo

La Ley 31/2014 representa la última de las reformas societarias que hasta la fecha han modificado el régimen de los administradores que sean personas jurídicas en las sociedades de capital. En este caso, el Informe sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de gobierno corporativo, de 14 de octubre de 2013, en el que se basa la Ley 31/2014, se decantó por ahondar en la concreción del régimen jurídico. La principal novedad de la reforma reside en haber incorporado, finalmente, una regla relativa a la responsabilidad del representante. Su ubicación sistemática es, sin embargo, distinta de la de anteriores propuestas legislativas, pues se incluye en el artículo 236 LSC, relativo a los presupuestos y a la extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores. En cuanto a su contenido, la disposición declara aplicables al representante los requisitos de acceso al cargo propios de los titulares orgánicos y lo somete a responsabilidad solidaria con el ente administrador, pero apartándose ligeramente del artículo 115.2 PCSM.

Esta disposición también fue objeto de enmienda parlamentaria, en términos muy similares a las de la reforma anterior. Sus redactores proponían la

supresión de la regla de la solidaridad, al entender que la figura del administrador de hecho bastaba para lograr, en su caso, la imputación de responsabilidad al representante⁴⁶⁶. En esta ocasión, se ponía de manifiesto el uso de la administración a cargo de personas jurídicas en los grupos de empresa, pero también en entidades vinculadas entre las que no existe dirección unitaria. En relación con el primer supuesto, los redactores de la enmienda consideraban que el administrador persona jurídica permite que la sociedad dominante de un grupo se coloque en la titularidad orgánica de sus dependientes, de forma que las decisiones se adoptan en el órgano de administración de la propia matriz. En esta hipótesis, el representante aparecería como un mero *nuntius* y, en tal sentido, la regla de responsabilidad solidaria podría resultar excesiva, en la medida en que permite dirigir acciones de responsabilidad frente a un sujeto (el representante) que carece de auténtico poder de decisión o cuyas facultades se ven condicionadas por la estructura y funcionamiento del órgano administrativo de la matriz. El supuesto se agravaría si la persona natural mantuviera una relación de subordinación con la entidad administradora, por ejemplo, una relación laboral ordinaria, pero también especial de alta dirección, en la medida en que se encuentre jerárquicamente sometido al consejo de administración). En definitiva, subyace aquí cierto riesgo de que la responsabilidad solidaria del representante permita diluir la propia del titular del cargo⁴⁶⁷. Sin embargo, la enmienda no prosperó

⁴⁶⁶ Enmienda núm. 8 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia. Aunque el texto de la enmienda está erróneamente transcrito porque se ha olvidado suprimir el apartado quinto. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 97-2, de 23/09/2014 cve: BOCG-10-A-97-2. Fue rechazada en DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 638, de 01/10/2014 cve: DSCD-10-CO-638.

⁴⁶⁷ Interpretaba en este sentido la enmienda, GRIMALDOS GARCÍA, M^a. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 307-364, en concreto, p. 327.

y la regla en materia de deberes y responsabilidad solidaria se mantuvo en los términos de la Propuesta de Modificaciones Normativas. Por otro lado, conviene tener presente que la solución incorporada por la Ley 31/2014 es idéntica a la recogida en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aunque el ámbito de aplicación en el segundo caso es notablemente superior. En efecto, el artículo 215-6 APLCM reproduce en cuatro apartados las normas ya vigentes en la materia, entre ellas, la responsabilidad solidaria del representante permanente⁴⁶⁸.

Por último, la Ley 31/2014 incorpora una regla específica en relación con el nombramiento del representante persona física cuando el administrador lo sea de una sociedad cotizada. En este punto, el legislador ha sido especialmente sensible al hecho de que el nombramiento de personas jurídicas como administradores priva a la Junta general de la sociedad gestionada de la competencia para designar a quien materialmente realiza las tareas propias del cargo. Por este motivo, el artículo 529 *decies* LSC, introducido por el artículo único.48 de la Ley 31/2014, exige que el representante del administrador persona jurídica se someta a idénticas pautas que las previstas para la designación de los titulares.

A. Derecho transitorio

La Ley 31/2014 endurece el régimen jurídico del representante del administrador persona jurídica, ya que lo somete a los requisitos propios de todo administrador. También le incumben los deberes de diligencia y lealtad y aparece como legitimado pasivo ante las acciones societarias de responsabilidad (art. 236.5 LSC). Ante esta circunstancia, se plantea si el

⁴⁶⁸ Número de expediente: 837/2014.

endurecimiento del régimen de responsabilidad debe ser aplicado con carácter retroactivo. La retroactividad del artículo 236.5 LSC se referiría a dos supuestos. Por un lado, podría resultar aplicable a los representantes designados con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado precepto, esto es, aunque en el momento de asumir el cargo, la norma no determinara con claridad su régimen jurídico y su condena requiriera su declaración de administrador de hecho. En segundo lugar, también abarcaría los supuestos en los que el ilícito del que se deriva su responsabilidad se verificara con anterioridad a esa fecha, pero su reclamación se efectuara tras la entrada en vigor de la norma.

Esta circunstancia es desconocida en el contexto comparado, por lo que ninguno de los ordenamientos de referencia aporta elementos al análisis. En efecto, sólo en España la obligación de designar un representante y la incorporación de la regla relativa a su responsabilidad se han incorporado a la norma en momentos distintos. La transitoriedad del régimen aplicable sólo se ha abordado en el caso belga, pues la reforma del año 2002 no previó una disposición transitoria relativa al plazo que los administradores que fueran personas jurídicas tendrían para operar la designación de su representante. Frente a ello, se consideró que debía darse cumplimiento a la obligación a la mayor brevedad⁴⁶⁹.

La cuestión impone el recurso a los artículos 9.3 de la Constitución, relativo a la garantía de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales y 2.3 C.C., que establece un principio general de irretroactividad de las sanciones civiles y penales. Sin

⁴⁶⁹ CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 333. EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 169. LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 7.

embargo, en ningún caso el régimen de responsabilidad civil de los administradores posee carácter sancionador. Las acciones social e individual de responsabilidad se refieren a responsabilidad por daño, contractual o extracontractual. Por su parte, la jurisprudencia tiene establecido el carácter no sancionador de la responsabilidad por obligaciones sociales *ex* artículo 367 LSC y ha declarado la irretroactividad de la reforma operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la responsabilidad por obligaciones sociales (art. 367 LSC)⁴⁷⁰. Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona ha sugerido la irretroactividad del régimen del representante, aunque con una interpretación singular⁴⁷¹. El tribunal considera que la referencia a la responsabilidad del representante afecta también al Derecho concursal, en el sentido de que la persona física podrá ser declarada responsable en sede de insolvencia, a pesar de no encontrarse incluida en la relación de personas afectadas por la calificación (art. 172 LC). Y, en este contexto, afirma la inaplicabilidad del régimen de responsabilidad a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia del artículo 236.5 LSC⁴⁷².

Para resolver la cuestión puede atenderse, por un lado, a la fecha de acceso al cargo y, por otro, al momento de la acción u omisión relevante. Así, habría que distinguir dos clases de supuestos, según aquélla hubiera acaecido con anterioridad o posterioridad a diciembre de 2014, fecha de entrada en vigor de la Ley 31/2014. Por lo que respecta a los representantes que accedieran al cargo bajo el régimen anterior, cabe aceptar por su parte un menor grado de

⁴⁷⁰ En este sentido, en la doctrina, MACHADO PLAZAS, J., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 785-798, especialmente, p. 796.

⁴⁷¹ SAP Barcelona (Sección 15ª), de 19 de abril de 2016 (núm. 83) [JUR 2016\144157].

⁴⁷² SAP Barcelona (Sección 15ª), de 19 de abril de 2016 (núm. 83) [JUR 2016\144157], FD IV.

diligencia, en tanto la norma no aclaraba el estándar exigible a este sujeto. En tal medida, a nuestro entender, esta circunstancia podría ser tenida en cuenta a la hora de valorar la concreta responsabilidad atribuible a la persona física, siempre que se relacionara con hechos acaecidos con anterioridad a la Ley 31/2014. No obstante, a partir de la Ley 31/2014, todo representante permanente queda obligado por el artículo 236.5 LSC, con independencia de la fecha en que fue nombrado.

En relación con los ilícitos acaecidos en fecha anterior a la entrada en vigor de la norma, no puede mantenerse la irretroactividad del artículo 236.5 LSC. Ello fragmentaría artificialmente el régimen de responsabilidad del representante. Con escaso fundamento dogmático, supondría que una misma persona puede ser declarada responsable por hechos acaecidos en una fecha, sin mayores exigencias probatorias. En otros, en cambio, deberá acreditarse su condición de administrador de hecho. Nos parece que, al asumir el legislador que el representante merece idéntico régimen de responsabilidad que los titulares orgánicos por su condición de gestor efectivo, imponer la prueba de su condición de administrador de hecho representa un artificio que erosiona de forma injustificada la tutela de terceros en defensa de una posición jurídica que no varía materialmente.

Con todo, ante la delicadeza de estos supuestos, cabría indagar en la forma en que la persona jurídica y su representante han organizado el desempeño del cargo. Y es que, bajo el régimen anterior, bien podía calificarse al representante como un mero nuncio, portador de las instrucciones de su principal. En tal medida, una persona física podría haber incurrido en ilícitos por deslealtad o negligencia, actuando como un simple ejecutor de la voluntad del mandante y sin que la ley le exigiera un estándar de diligencia o lealtad específico.

B. El problema de la tipicidad legal

La Ley 31/2014 introduce un segundo problema de aplicación del régimen propio del representante permanente, que hemos convenido en denominar de tipicidad legal. Se trata de establecer el alcance que la reforma societaria posee sobre la responsabilidad del representante permanente en sede concursal. En efecto, la Ley Concursal no contempla al representante del administrador persona jurídica como persona afectada por la calificación o como responsable concursal (arts. 172 y 172 *bis* LC). De este modo, pervive en la Ley Concursal una situación normativa análoga a la que regía en la Ley de Sociedades de Capital anterior a la Ley 31/2014. Desde un punto de vista de política legislativa, el silencio puede justificarse en el principio de unidad que inspira el Derecho español de la insolvencia⁴⁷³. En este sentido, cabría afirmar que la Ley Concursal no tiene por qué atender cada uno de los supuestos particulares que puedan verificarse en relación con la dirección jurídico-económica del deudor común persona jurídica. De esta forma, la especificidad de la figura del representante permanente no debe ser necesariamente considerada por la Ley Concursal. Ahora bien, desde un punto de vista de oportunidad y sobre la base de que la figura del representante se manifiesta con relativa frecuencia en las personas jurídicas de mayor presencia en el tráfico, las sociedades de capital, la mención cumpliría una importante función clarificadora.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la omisión, caben dos posibles interpretaciones. Por un lado, puede entenderse que la Ley Concursal y la Ley de Sociedades de Capital constituyen cuerpos normativos autónomos y, como tales, cada uno establece el alcance subjetivo de su régimen, incluso si

⁴⁷³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La unidad del nuevo Derecho concursal”, *AARAJYL*, 33 (2003), pp. 163-176.

se trata de consecuencias jurídicas anudadas a deberes y obligaciones propiamente societarios. En tal sentido, la ausencia de mención al representante impide que el régimen sea trasladado de forma automática⁴⁷⁴. A favor de este argumento cabe añadir que la relación de personas afectadas por la calificación culpable del concurso debe ser interpretada de forma taxativa⁴⁷⁵. Por consiguiente, la situación normativa instaurada por la Ley 31/2014 no modificaría el régimen concursal del representante del administrador persona jurídica. El silencio normativo exige recurrir a otros expedientes para lograr la sujeción de la persona física representante a las consecuencias del concurso, bien a la vía del administrador de hecho, bien a la complicidad⁴⁷⁶. Ahora bien, esta tesis resulta insatisfactoria y limita notablemente los efectos del artículo 236.5 LSC, teniendo en cuenta que, por lo general, la responsabilidad del representante se ventila en sede concursal.

La segunda alternativa hermenéutica consiste en entender que la modificación del régimen societario del representante afecta a su responsabilidad en sede concursal⁴⁷⁷. Esta postura se basa en una interpretación sistemática de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal. Por ello, si el fundamento de la responsabilidad concursal residiera en obligaciones que pueden reconducirse a la Ley de Sociedades de Capital y, por consiguiente, pesaran sobre los representantes *ex* artículo 236.5 LSC, procedería incluir al representante entre las personas afectadas por la calificación. Así, por ejemplo,

⁴⁷⁴ SJM núm. 3 Barcelona de 5 de octubre de 2007 [AC 2009\808]. SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 21 de julio de 2015 (núm. 337) [JUR 2015\196067].

⁴⁷⁵ LATORRE CHINER, N., “El apoderado general en la Ley concursal”, *RDCP*, 19 (2013), pp. 65-80, en concreto, p. 67. GARCÍA VICENTE, J. R., “La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 175-188, en concreto, p. 176.

⁴⁷⁶ SJM núm. 3 Barcelona de 5 de octubre de 2007 [AC 2009\808].

⁴⁷⁷ SJM núm. 1 de Alicante, de 22 de enero de 2015 (núm. 13) [JUR 2015\91318]. SAP Barcelona (Sección 15ª), de 19 de abril de 2016 (núm. 83) [JUR 2016\144157].

el comportamiento que contribuye a la calificación culpable o al agravamiento de la insolvencia desplegado por un titular orgánico puede ser idéntico al desarrollado por un representante permanente. En términos de justicia material, exigir la prueba de la condición de administrador de hecho sobre una persona a la que otra norma impone de forma expresa todas aquellas obligaciones propias de la titularidad orgánica resulta artificioso.

La propuesta contraria sugiere que los juzgadores serán proclives a aceptar un mínimo *onus probandi* sobre la condición de administrador de hecho de un representante, erosionando la construcción de esta figura⁴⁷⁸. Una dificultad adicional radica en que la Ley de Sociedades de Capital somete al representante a responsabilidad solidaria *con* la persona jurídica (art. 236.5 LSC). En cambio, la responsabilidad concursal, por ejemplo, no conlleva necesariamente la condena solidaria, sino que el juez debe individualizar la cuota correspondiente a cada uno (art. 172 *bis* 1.III LC)⁴⁷⁹. Sin embargo, la interpretación del artículo 236.5 LSC conduce a afirmar que, pese a su tenor literal, el representante responde como cualquier otro administrador y, además, el instituto no impide la individualización de culpas, por lo que la dificultad podría ser salvada, también en sede concursal⁴⁸⁰. En todo caso, los gestores mediatos no pueden

⁴⁷⁸ Un problema de rasgos similares se ha planteado en el Reino Unido en relación con las figuras de administrador de hecho u oculto, pues, en ocasiones, la norma no se refiere expresamente a uno de ellos, lo que genera dudas sobre la posibilidad de imputarle responsabilidad. Las divergencias conducen, bien a forzar la subsunción en una u otra categoría dogmática con arreglo a un criterio de justicia material. Expresamente, GRIFFIN, S. “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, cit., p. 46. Críticos con la aplicación laxa o indistinta de las figuras, NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, cit., p. 775, sobre todo, por la naturaleza sancionatoria del wrongful trading. HANNIGAN, B. M., *Company Law*, cit., p. 148

⁴⁷⁹ De hecho, la solidaridad sería excepcional, de acuerdo con BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “La responsabilidad concursal”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 227-246. En particular, pp. 243.244.

⁴⁸⁰ Véase *infra* Capítulo VII, IV.1.

quedar incluidos en la categoría de personas afectadas por la calificación sin antes acreditar su condición de administrador de hecho⁴⁸¹. Antes de la reforma, se valoró como alternativa declarar al representante cómplice en el concurso culpable⁴⁸². Hoy, su carácter asimilado a los administradores sociales nos aleja de esta categoría⁴⁸³.

IV. ALCANCE TIPOLÓGICO DEL MODELO NORMATIVO

Delimitado el modelo normativo, procede determinar el ámbito tipológico de aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 212.1, 212 *bis* y 234.5 LSC. En primer lugar, se reflexiona sobre la ausencia generalizada de un debate de orden tipológico en la materia y, en particular, en el régimen de las sociedades personalistas. Seguidamente, se indaga en la proyección de las normas sobre los tipos sociales capitalistas y sus formas más relevantes.

1. Ausencia generalizada de un debate tipológico

El análisis del administrador persona jurídica como opción de política jurídica ha permitido advertir ciertas asimetrías en relación con el tratamiento tipológico de la figura. En la mayoría de ordenamientos de referencia, la

⁴⁸¹ SJM núm. 3 Barcelona de 5 de octubre de 2007 [AC 2009\808].

⁴⁸² HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión subjetiva de los efectos de la calificación culpable del concurso de sociedades administradas por una persona jurídica”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 331-372, en concreto, pp. 358-361.

⁴⁸³ MORALES MENÉNDEZ, I., “El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 65-104, en concreto, pp. 97-98.

admisión o prohibición no ha ido acompañada de un debate sobre la adecuación de la solución a un particular tipo social, personalista o capitalista, de perfil abierto o cerrado. Aunque en todos se advierten diferencias de criterio, apenas existe discusión en torno a la respuesta óptima para cada tipo social o las razones que justifican la disparidad de soluciones.

Si tomamos el ejemplo francés, por ser el que mayor influencia posee sobre el modelo español, el administrador persona jurídica es conocido y admitido expresamente en la sociedad *en nom collectif* (art. L.221-3 *Cccomm*), así como en la comanditaria simple por remisión del artículo L.221-2 del *Code de Commerce*⁴⁸⁴. En los anteriores preceptos se declara la responsabilidad de los gestores de la persona jurídica gestora, como si ejercieran el cargo en nombre propio, reproduciendo el modelo de la *société par actions simplifiée*. En cambio, en la sociedad anónima, se requiere la designación de una persona física como representante, mientras que todos los administradores de la *société à responsabilité limitée* deben ser personas físicas. No están documentadas las razones de tales divergencias, que sólo pueden ser presumidas. Así, cabe pensar que en el tipo capitalista de perfil cerrado se considere que los propios socios ejercitarán las tareas administrativas, mientras que los demás modelos de gestión se presentan más complejos o profesionalizados, por lo que el instituto analizado puede aportar las ventajas operativas ya exploradas. El arraigo de la figura del representante permanente y la preferencia de los operadores por la seguridad jurídica que aporta esta figura explicarían la diferencia de criterio en la *société anonyme*. Mayor coherencia tipológica se advierte en el caso belga,

⁴⁸⁴ Rige en ellas el principio de organicismo de terceros desde la reforma societaria de 1966. Sobre el particular, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, cit., p. 399.

donde el artículo 61.2 del *Code des sociétés* se extiende a todos los tipos sociales, con la única excepción de la agrupación de interés económico⁴⁸⁵.

Al contrario que en los anteriores ejemplos, la cuestión de la tipología societaria ante la administración por personas jurídicas posee alguna relevancia en la dogmática alemana e italiana. En Alemania, la prohibición del administrador persona jurídica es un principio arraigado en el tipo capitalista y, en cambio, ampliamente admitido en los de naturaleza personalista⁴⁸⁶. Por su parte, el *Bundesgerichtshof* ha acogido una postura favorable a asimilar la solución en la comanditaria por acciones a su modelo personalista⁴⁸⁷. En el caso italiano, es precisamente la unidad del sistema la que apoya una solución homogénea para todos los tipos sociales⁴⁸⁸. Este planteamiento es coherente con la ausencia de argumentos en contra de esta posibilidad o que amparen la divergencia en función de la naturaleza del tipo.

En España tampoco se advierte un amplio análisis del instituto en clave tipológica. Aun así, el estudio diacrónico del régimen legislado español ha revelado que el legislador histórico advirtió esta posibilidad en relación con la sociedad comanditaria por acciones e intentó introducir una prohibición de que el socio colectivo fuera una persona jurídica. En este caso, se entendía que la limitación de la responsabilidad personal que corresponde al socio colectivo desvirtuaba el tipo comanditario por acciones. Aunque no compartimos esta

⁴⁸⁵ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 136-138. CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 328. POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 314.

⁴⁸⁶ Por todos, valgan las posturas críticas en relación con la KgaA de SCHMIDT, K., “Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?”, cit., pp. 278 y 280 y FLEISCHER, H., “Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts. Zugleich Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung”, cit., p. 532.

⁴⁸⁷ BGH Urt. v. 25.02.1982, BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703.

⁴⁸⁸ PESCATORE, G., *L’amministratore persona giuridica*, cit., p. 45.

consideración, el argumento serviría para excluir la figura también en las sociedades personalistas.

2. Referencia a las sociedades personalistas

En la doctrina española, existe consenso favorable a que las personas jurídicas asuman la administración de las sociedades personalistas⁴⁸⁹. Éste era también el criterio del artículo 215-6 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, ideado para ser de aplicación a los tres tipos capitalistas, así como a la sociedad colectiva y comanditaria por acciones. El precepto aspiraba a extender el nombramiento de un solo representante a los tipos personalistas, modalidad desconocida en el contexto comparado. Con todo, la realidad societaria revela que el ejercicio del cargo en el tipo comanditario corresponde a los órganos de la persona jurídica, sin necesidad de designar a una persona física para tales funciones⁴⁹⁰. Dogmáticamente, la gestión de las sociedades personalistas por personas jurídicas se apoya en el principio de autorganicismo, pues si todos los socios son personas jurídicas, alguna de ellas deberá asumir la administración como socio colectivo⁴⁹¹. De hecho, el nombramiento de entes gestores se ha visto como una de las posibles fórmula para externalizar la

⁴⁸⁹ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., pp. 548-549. Su licitud es presupuesto del estudio en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “S.A., S. en C”, *RDM*, 156 (1980), pp. 245-254. Desde el estudio específico del administrador persona jurídica, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2316. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 241. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 84.

⁴⁹⁰ Así, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “S.A., S. en C”, cit., p. 250 y nota 19.

⁴⁹¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, cit., p. 390, aunque se inclina por una tesis dulcificadora de la tradicional interpretación doctrinal (pp. 406-408).

gestión en formas personalistas, sin desvirtuar formalmente el principio normativo autorganicista⁴⁹².

El único argumento en contra de esta posibilidad consiste en que, al colocar a una sociedad capitalista en la gestión, se matiza la responsabilidad personal por obligaciones sociales propia del socio colectivo. De este modo, la licitud de que esta última condición corresponda a otra sociedad introduce en nuestro ordenamiento formas híbridas de empresa, a saber, sociedades personalistas de responsabilidad limitada⁴⁹³. Con todo, las ventajas operativas que introduce, así como el abandono de la proyectada prohibición en la Ley 19/1989, conducen a decantarse por la admisión.

3. Análisis de los tipos y formas sociales capitalistas

El modelo normativo objeto de análisis tiene como destinatarias a las sociedades de capital, por lo que resulta necesario fijar su concreta proyección sobre las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones. Asimismo, procede analizar su incidencia sobre las sociedades anónimas cotizadas. En esta sede, también se hace referencia a las particularidades de la sociedad comanditaria por acciones, así como a la sociedad anónima europea.

3.1. Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada

⁴⁹² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, cit., p. 174.

⁴⁹³ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, cit., p. 549. Sobre estas figuras, véase *supra* Capítulo II, III.2.13.B.

En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, el administrador persona jurídica debe designar a un representante persona física para desempeñar materialmente las funciones que la ley atribuye a los titulares orgánicos (art. 212 *bis* LSC). Este sujeto debe reunir los requisitos que se exige a toda persona física para ocupar una vocalía, en los términos detallados en el capítulo siguiente. Asimismo, le corresponden los deberes y el régimen de responsabilidad propios de tal condición, por mor del artículo 236.5 LSC. En esencia, el régimen jurídico de la institución objeto de estudio, desarrollado en los capítulos posteriores, resultará plenamente aplicable a los dos tipos capitalistas por excelencia.

3.2. Sociedad anónima cotizada

Como forma especial de sociedad anónima, lo establecido para ésta resulta aplicable a la sociedad cotizada en ausencia de norma especial. De este modo, una persona jurídica puede ocupar el cargo de consejero en la sociedad anónima cotizada, al ser el consejo la única estructura legalmente admitida para organizar la administración (art. 529 *bis* LSC). *De lege data*, no existen razones para apoyar una solución contraria. Aun así, autoridades extranjeras han valorado la oportunidad de adoptar un criterio distinto en las sociedades abiertas al mercado de capitales. Por un lado, el *Consiglio Notarile di Milano* aceptaba que la reglamentación especial a la que se sujeta esta forma social

pueda fundar una excepción a la admisión general⁴⁹⁴. En otro sentido, la Secretaría de Estado del *Department for Business Innovation & Skill* del Reino Unido considera que los elevados estándares de gobernanza en las sociedades cotizadas, derivados de las exigencias de los mercados de valores o de los propios índices de cotización, pueden fundamentar una excepción a la prohibición, atendidas las ventajas que la figura aporta al grupo⁴⁹⁵. Acogiendo ambas tesis, los estándares aplicables a la cotización bursátil pueden modificar la admisión general *ex art. 212 LSC*, pero lo cierto es que las mayores exigencias informacionales que recaen sobre esta forma social (piénsese, simplemente, en la que proporciona el informe anual de gobierno corporativo sobre los consejeros) palian algunos de los riesgos asociados al empleo del expediente.

Por su parte, la literatura económica ha descrito las sociedades cotizadas europeas como estructuras de propiedad concentrada. En ellas, un socio o grupo accionarial reúne la mayor parte del poder de voto en la compañía y, como consecuencia de ello, concentra un amplio poder en la selección de los administradores. En atención a lo anterior, los problemas de agencia en las sociedades europeas se refieren a los conflictos mayoría minoría o, más propiamente, a las divergencias de interés entre los socios de control y los ajenos a él⁴⁹⁶. En este modelo de propiedad, se pone de manifiesto la concentración de poder en manos de los administradores vinculados a los accionistas de control.

⁴⁹⁴ CONSIGLIO NOTARILE MILANO, *Persona giuridica amministratore di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)*, Massima n. 100, 18 de mayo de 2007.

⁴⁹⁵ DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILL, *Corporate Directors. Scope of exceptions to the prohibition of corporate directors*, 27 de noviembre de 2014, p. 9.

⁴⁹⁶ HANSMANN, H., *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, Belknap Press, 1996, p. 39.

En este marco, se ha identificado el fenómeno conocido como el atrincheramiento (*entrenchment*) del grupo de control, entendido como su perpetuación en el gobierno de la empresa y la concentración de un poder superior al de su inversión inicial en la compañía⁴⁹⁷. Si trasladamos los efectos que se obtienen de la administración por personas jurídicas, explorados en el capítulo primero, resulta que el instituto estudiado puede favorecer el fortalecimiento del núcleo de control, favoreciendo el *entrenchment*⁴⁹⁸. En el mismo sentido, el accionariado no interviene en la selección de los gestores mediatos, aunque, en el caso español, el nombramiento del representante permanente se somete a los mismos requisitos que el de cualquier consejero (art. 529 *decies* LSC)⁴⁹⁹.

3.3. Sociedades comanditarias por acciones

Las personas jurídicas pueden asumir la condición de socio colectivo en la sociedad comanditaria por acciones⁵⁰⁰. Como en el caso de las sociedades

497. MORCK, R., D., WOLFENZDON, D., B., YEUNG, B., “Corporate Governance, Economic Entrenchment, and Growth”, *J. Econ. Lit.*, 43-3 (2005), pp. 655-720, en concreto, p. 685. Aun así, se ha afirmado que, en estos modelos, la perpetuación del núcleo de control no desincentiva la inversión, en atención a la confianza generada por la estabilidad que proporcionan. Así, MAYER-UELLENER, R., OTTE, D., “Die SE & Co. KGaA als Rechtsform kapitalmarktfianzierter Familienunternehmen”, *NZG*, 19 (2015), pp. 737-743, en concreto, p. 742.

498 Ésta es la postura que sostuvimos en DEL VAL TALENS, P., “Legal entities as board directors: another entrenchment mechanism for European public companies”, HEIDERHOFF, B., QUEIROLO, I. (eds.), *European and International Cross-Border Private and Economic Relationships, and Individual Rights*, Roma, Aracne, 2016, pp. 279-310, en particular, p.p. 291-295.

499 Las especialidades en la designación del representante en la sociedades cotizadas se remiten al Capítulo VI, VI.2.5.

500 Es la posición generalizada en la doctrina española, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)*, cit., p. 146; GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, cit., pp. 90-91; VENTURA-TRAVESET HERNÁNDEZ A., “Sociedad comanditara por acciones”, cit., p. 113. LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en

personalistas, la posibilidad de crear formas híbridas de empresa que limiten el riesgo para el socio colectivo no es un argumento suficiente para excluir su licitud⁵⁰¹. Sin embargo, conviene indagar sobre si éste es el resultado de la sujeción de la comanditaria por acciones al artículo 212.1 LSC o, en cambio, debe fundarse la licitud del “socio colectivo persona jurídica” en otra norma. Como cuestión preliminar, debe dejarse sentado el carácter marcadamente capitalista del modelo español de sociedad comanditaria por acciones, según reflejan diversos elementos. En primer lugar, este carácter se consagra expresamente en el artículo 1.1 LSC. Por lo que respecta a su régimen de fuentes, la Ley de Sociedades de Capital no contiene remisión alguna a la sociedad comanditaria simple, limitándose a declarar aplicables las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital especialmente previstas para este tipo social, y, de forma supletoria a todo lo no expresamente previsto, el régimen de la sociedad anónima (art. 3.2 LSC)⁵⁰². De este modo, el modelo se diferenciaría de los denominados híbridos, en los que se toman en consideración las normas de la comanditaria simple (278.2 y 3 AktG)⁵⁰³. Por

comandita por acciones”, cit., p. 7689 y nota 47; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, cit., pp. 904-905; SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 252. Administración de la sociedad comanditaria por acciones”, cit., p. 1824. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 83. VICENT CHULIÁ, F., “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de Código Mercantil de 2014”, *RDPat.*, 36 (2015), pp. 25-67, en particular, p. 46. Este último autor reitera su postura en *Ibidem*, “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de ley de Código mercantil”, MORILLAS JARILLO, M^a, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 990-1007, en concreto, p. 1002.

⁵⁰¹ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, cit., p. 18.

⁵⁰² Por su parte, los autores sí que han considerado el recurso a las normas del Código de comercio. Así, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, cit., p. 11.

⁵⁰³ Por todos, SCHMIDT, K., “150 Jahre Kommanditgesellschaft auf Aktien: Balanceakte eines Sonderlings”, cit., p. 1198.

su parte, el recurso a las normas de la comanditaria podría tener cabida por medio del recurso a principios configuradores del tipo social comanditario (art. 28 LSC).

El significado de la condición de socio colectivo puede aportar algún elemento al análisis. En el modelo español, toda aportación de los socios integra el capital social. Por consiguiente, en la S. Com. por A., la diferencia en la posición jurídica del socio colectivo y comanditario no se funda en la titularidad económico-jurídica, sino sólo en la atribución de las funciones propias del cargo y la responsabilidad derivada de tales prerrogativas⁵⁰⁴. En efecto, cuando entre nosotros se afirma que el administrador de la sociedad comanditaria adquiere *ex lege* la condición de colectivo (art. 252.1 *in fine* LSC), se quiere decir que, con ocasión del nombramiento, el socio deja de ser un mero comanditario, pasando a ostentar una posición jurídica en virtud de la cual responde personal y objetivamente por las obligaciones sociales. Además, esta concepción se apoya en el tenor literal del artículo 1.4 LSC, que se limita a expresar que el socio personalmente responsable responde en calidad de (“*como [si fuera]*”) un socio colectivo⁵⁰⁵.

3.3.1. Aplicabilidad del artículo 212.1 LSC

⁵⁰⁴ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, cit., pp. 10 y 12. En el mismo sentido, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “La sociedad en comandita”, cit., pp. 768-769.

⁵⁰⁵ IGLESIAS PRADA, J. I., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las sociedades de capital: aspectos básicos”, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Madrid, Civitas, 2010, pp. 389-408, en concreto, p. 394. PARRAS MARTÍN, A., “El socio colectivo en el ordenamiento jurídico español”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2808-2842, en concreto, pp. 2834-2836.

A partir de las tres anteriores premisas, cabe valorar la aplicabilidad del artículo 212.1 LSC a la sociedad comanditaria por acciones. La administración de la compañía corresponde a los socios colectivos, quienes poseen “idénticas facultades, derechos y deberes que los administradores de la sociedad anónima” (art. 252.1 LSC). A la luz del precepto, la determinación de los requisitos que deben reunir los administradores de la sociedad comanditaria nos sitúa ante una disyuntiva. El término facultad no se emplea en el Título VI de la Ley de Sociedades de Capital hasta el artículo 228, pues la norma prefiere las expresiones “competencia” (art. 209 LSC) y “funciones” (arts. 212.2, 217.3 *in fine* LSC). Por su parte, el reconocimiento de la administración por personas jurídicas se contiene bajo la rúbrica “requisitos subjetivos” (art. 212 LSC). El apartado segundo de este último precepto resulta inaplicable a las sociedades comanditarias por acciones, ante la especialidad del artículo 252.1 LSC. Nos encontraríamos, pues, con un problema idéntico al que ocupó a la doctrina alemana hasta que la cuestión fue resuelta por el *Bundesgerichtshof*, referido al alcance de la remisión a las normas sobre la administración de la sociedad anónima.

Sin embargo, en nuestro caso, existen dos diferencias esenciales que aconsejan decantarse por una posición favorable. Por un lado, la fórmula utiliza por el artículo 252.1 LSC debe considerarse una remisión general a las reglas relativas a la gestión de las sociedades anónimas, incluidos los requisitos subjetivos compatibles con el tipo en cuestión. En este sentido, no contamos con una norma análoga al § 283 AktG, que tipifique exactamente las disposiciones sobre la *Aktiengesellschaft* que deben aplicarse al socio

colectivo. Este argumento se ve reforzado por el perfil capitalista de la comanditaria por acciones española⁵⁰⁶.

3.3.2. Publicidad de la limitación de responsabilidad del socio colectivo

La Ley de Sociedades de Capital no impone la publicidad de la posible limitación de responsabilidad que podría introducirse si el socio colectivo fuera una entidad cuyos socios vieran su riesgo limitado a su aportación. Así, el artículo 6.3 LSC ofrece a este tipo social cuatro nomenclaturas alternativas entre las que corresponde a los socios escoger, a saber, utilizar el nombre de sólo uno de los socios colectivos, de varios de entre ellos o recurrir a una denominación objetiva. A cualquiera de estas opciones se acompañará la indicación de “sociedad comanditaria por acciones” o su abreviatura “S. Com. por A.” Entre ellas, la denominación subjetiva posee una función de garantía de los terceros, pues les permite identificar a los titulares de la gestión, responsables de las deudas sociales⁵⁰⁷. Cuando el socio colectivo sea una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad anónima, esta clase de denominación social permitiría a los terceros conocer que quienes conduzcan la gestión, se verán beneficiados por la responsabilidad limitada propia del tipo que adopte el socio colectivo.

Sin embargo, *de lege data* las sociedades comanditarias españolas pueden prescindir de la razón social subjetiva, también cuando los socios colectivos sean personas jurídicas⁵⁰⁸. A diferencia del §265 Ab. 2 AktG, no incorpora la

⁵⁰⁶ En sentido favorable, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, cit., pp. 904-905.

⁵⁰⁷ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, cit., p. 19.

⁵⁰⁸ En la práctica registral, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “S.A., S. en C”, cit., p. 247, ponía de manifiesto la utilización de esta clase de denominación.

cautela adicional de dar a conocer la limitación de responsabilidad que se opera cuando un tipo capitalista asume la gestión de la comanditaria por acciones. De *lege ferenda*, la exigencia de una denominación subjetiva para las formas híbridas de empresa incrementaría la tutela de los terceros. En los casos más frecuentes, aparecerían como “S.L. S. Com. por A” o “Sociedad (de Responsabilidad) Limitada, Sociedad comanditaria por acciones” o “S.A. S. Com. por A” o “Sociedad Anónima, Sociedad Comanditaria por Acciones”.

3.3.3. Aplicabilidad de los artículos 212 bis y 236.5 LSC

Seguidamente, cabe determinar si también el socio colectivo que sea una persona jurídica debe designar a una sola persona física para el desempeño de sus funciones, según establece el artículo 212 *bis* LSC. Al aproximarse a la cuestión, los autores han juzgado perfectamente aplicable esta exigencia⁵⁰⁹. Esta tesis se fundamenta en un tratamiento no discriminatorio de los otros dos tipos sociales con respecto al comanditario por acciones⁵¹⁰. Y es que, el modelo normativo consistente en actuar por medio de un solo representante restringe las facultades de los gestores mediatos. A nuestro entender, existe un argumento en contra de la postura que comentamos y se refiere a que, de aceptarse la aplicación del artículo 212 *bis* 1 LSC se corre el riesgo de

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)*, cit., p. 146 y GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, cit., pp. 90-91. VENTURA-TRAVERSET HERNÁNDEZ A., “Sociedad comanditara por acciones” cit., p. 113. LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en comandita por acciones”, cit., p. 7689 y nota 47. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “La sociedad en comandita.”, cit., p. 769. SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 252. Administración de la sociedad comanditaria por acciones”, cit., p. 1824. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 83. VICENT CHULIÁ, F., “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de Código Mercantil de 2014”, cit., p. 46.

⁵¹⁰ IGLESIAS PRADA, J. I., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las sociedades de capital: aspectos básicos”, cit., p. 395.

desvirtuar el principio de autorganicismo. En efecto, por regla general, el representante del administrador persona jurídica no requiere la condición de socio para ocupar el cargo. Si este postulado se traslada a la comanditaria por acciones, resulta que un tercero no socio, el representante, puede ejercer las funciones reservadas a los socios colectivos. Para desechar este argumento bastará con indicar que lo anterior también se manifiesta cuando los estatutos de una S.A. o de una S.L. incorporan la exigencia de que los gestores sean socios de la compañía y no por ello cabe prescindir del representante permanente.

Finalmente, debe plantearse el alcance de la responsabilidad del representante del socio colectivo persona jurídica. El artículo 236.5 LSC lo somete a responsabilidad solidaria con la persona jurídica. Pero, si se entiende aplicable el precepto anterior, resulta que esta persona física responde solidariamente por las obligaciones sociales *ex* artículo 252 LSC. Esta consecuencia jurídica puede limitar el atractivo de la forma híbrida de sociedad comanditaria, pues una sola persona física debería aceptar someterse a responsabilidad personal por las obligaciones sociales. Frente a este resultado, cabría entender que la sujeción del representante permanente excede de los objetivos de política jurídica del modelo normativo⁵¹¹. Por consiguiente, el representante de un socio colectivo se somete *ex* artículo 236.5 LSC a responsabilidad derivada de daño causado por la omisión de los deberes de diligencia o lealtad, pero no responde personalmente de las deudas sociales, como si de un socio colectivo se tratara⁵¹². Lo cierto es que esta interpretación

⁵¹¹ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 151, quien considera que restaría singular atractivo al tipo social, con importancia como forma de empresa familiar.

⁵¹² Se decantan por esta tesis, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “La sociedad en comandita”, cit., p. 769 y VICENT CHULIÁ, F., “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de Código Mercantil de 2014”, cit., p. 46.

favorece el aislamiento del representante permanente y, en cierta medida, matiza el modelo normativo en relación con este tipo social.

3.4. Sociedad anónima europea

En otra sede se ha explorado el papel de la sociedad anónima europea en el debate sobre la competencia regulatoria entre Estados miembros. Se trata ahora de indagar en su particular régimen en materia de administración por personas jurídicas, contemplado en el artículo 47.1 RESE. El precepto, común a ambos modelos de administración, monista y dualista, establece que los estatutos de la SE pueden prever que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ocupar el cargo en alguno de los órganos siempre que no se oponga a la normativa nacional aplicable. De ser así, el ente deberá designar a un representante en el ejercicio del cargo.

3.4.1. Supuesto de hecho: sociedad u otra entidad jurídica (art. 47.1 RESE)

El Reglamento permite que sea administrador una sociedad u otra entidad jurídica (art. 47.1 RESE), pero el significado que debe atribuirse a cada uno de estos términos no está exento de controversia. En primer lugar, plantea dudas la mención a la posibilidad de designar a una sociedad. En concreto, no está claro si la referencia debe entenderse como un concepto autónomo de Derecho

de la Unión o como una mera remisión al Estado del domicilio de la SE. Si la mención “sociedad u otra entidad jurídica” se acoge en el primer sentido, se impone una remisión al artículo 54.2 TFUE. Según el precepto son sociedades las de derecho civil y mercantil, incluidas las cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con exclusión de aquéllas que no persigan un fin lucrativo⁵¹³.

Así formulado, el concepto posee gran amplitud y no resulta en absoluto coincidente con el de entidad o persona jurídica. Además, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que el reconocimiento de este atributo se encuentra menos generalizado que en el caso español (por ejemplo, en Italia o Alemania), la interpretación del término sociedad en este sentido amplía, aunque sólo de forma teórica, el supuesto de hecho normativo. La segunda posibilidad consiste en remitir la definición del término sociedad a cada ordenamiento nacional, con el fin de limitar el alcance de la disposición permisiva. Sin embargo, la interpretación sistemática del Derecho europeo recomienda que la expresión contenida en un instrumento de Derecho derivado se remita a la definición contenida en el Derecho originario. Por consiguiente, la primera propuesta se perfila más correcta. Ahora bien, sus efectos vienen inmediatamente limitados por los demás requisitos a los que se somete la licitud de la figura en el RESE.

Sin embargo, el término sociedad no puede ser interpretado de forma aislada, sino en coherencia con la expresión “entidad jurídica”. Las versiones española, francesa e italiana no son exactamente coincidentes con el texto en

⁵¹³ Ésta es la propuesta de KÜBLER, F., “Leistungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts”, cit., p. 233. Debe tenerse presente que la noción de ánimo de lucro se interpreta con laxitud, en el sentido de que basta con que el ente realice una actividad económica; KOTZUR, M., “Article 54 TFEU”, GEIGER, R., KHAN, D-E., KOTZUR, M. (eds.), *European Union Treaties*, München/Oxford, C. H. Beck/Hart, 2015, pp. 375-380, en concreto, p. 376.

alemán, en el que ha sido traducida por “*juristische Person*”⁵¹⁴. La primera duda interpretativa que suscita la fórmula “entidad jurídica” es si también en castellano debe entenderse referida al expediente de la personalidad jurídica o si, en cambio, conviene atribuirle un significado más amplio. Debe tenerse en cuenta que, en los tres primeros ordenamientos, se admite sin reservas la figura del administrador persona jurídica y que, además, ésta es conocida en la literatura con tal expresión (*personne morale, persona giuridica*). Tomando literalmente la expresión, que no coincide con la de persona jurídica, nos encontramos ante un amplio universo de sujetos de Derecho elegibles, que se extiende a cualesquiera entidades carentes de personalidad⁵¹⁵. Además, de acuerdo con nuestra tesis, la expresión *juristische Person* no sería técnicamente precisa y, de hecho, suscita interpretaciones que se alejan de la que se alcanza bajo las versiones francesa, italiana y española. En este sentido, a la luz de la traducción alemana, se ha sostenido que la referencia a personas jurídicas pretende incluir a aquellos sujetos carentes de ánimo de lucro, excluidos de la noción de sociedad del artículo 54.2 TFUE⁵¹⁶. De esta forma, también los entes sin fin lucrativo, pero dotados de personalidad jurídica podrían ocupar cargos en los órganos de la SE⁵¹⁷. Y, al contrario, el mismo texto ha servido para fundar que la conjunción disyuntiva (“o”) tiene por efecto restringir el

⁵¹⁴ Considera pertinente la traducción alemana, SIEMS, M. M., “Art. 47 SE-VO”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. 8-2, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, pp. 80-91, en particular, p. 82.

⁵¹⁵ Interpreta la fórmula en su literalidad, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 638 y nota 1. DRINHAUSEN, F., “Art. 47 SE-VO”, HABERSACK, M., DRINHAUSEN, F. (eds.), *SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung*, München, C. H. Beck, 2013, pp. 697-706, en especial, p. 699, con apoyo en el concepto de sociedad del artículo 54.2 TFUE y la STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, Cartesio. En contra, SIEMS, M. M., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 82.

⁵¹⁶ SCHWARZ, G. C., *Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) Kommentar*, München, C. H. Beck, 2006, p. 864.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 864.

significado del término “sociedad” a aquéllas dotadas de personalidad y, por consiguiente, excluir a las sociedades personalistas en ordenamientos como el alemán o el italiano⁵¹⁸.

Resulta paradójico que, en un ordenamiento más restrictivo en el otorgamiento de personalidad jurídica, como es el alemán, la traducción del Reglamento restrinja esta posibilidad a entes con personalidad jurídica, mientras que, en un modelo generoso en la concesión de tal atributo como el español, la noción se extienda a toda entidad, con independencia de este expediente. De no contemplarse una remisión al Derecho nacional, lo anterior generaría resultados asimétricos en función del Derecho aplicable al ente administrador. A pesar de ello, puede cabalmente sostenerse que la amplitud de la fórmula acogida por los redactores se relaciona, por un lado, con el distinto grado de reconocimiento de personalidad jurídica en los ordenamientos europeos y, por otra parte, con las diferencias de criterio sobre el administrador persona jurídica⁵¹⁹. Al perfilarse difícil hallar una fórmula conciliadora de las diferentes posturas, el artículo 47.1 RESE evitaría restricciones a las soluciones que pudieran brindar los ordenamientos nacionales. Los anteriores postulados interpretativos poseen mera validez teórica, en la medida en que ninguno de los ordenamientos jurídicos analizados permite ocupar cargos de gestión a sujetos carentes de este atributo. De este modo, la inmediata remisión a la legislación nacional de sociedades anónimas del Estado miembro suaviza las dificultades hermenéuticas. Sin embargo, desde la perspectiva de la flexibilización de las

⁵¹⁸ MANZ, G., “Art. 47 SE-VO”, MANZ, G., MAYER, B., SCHRÖDER, A. (eds.), *Europäische Aktiengesellschaft: SE*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 496-502, en concreto, p. 497.

⁵¹⁹ En sentido similar, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la sociedad anónima europea”, *CDC*, 47 (2007), pp. 213-266, en particular, p. 255, consideran que el Reglamento atiende en este punto a la diversidad de concepciones.

posturas restrictivas de algunos Estados miembros, las dudas que suscita el artículo 47.1 RESE habrían obstaculizado una revisión de los planteamientos contrarios a la figura.

3.4.2. Requisitos para la validez del nombramiento

Sentado el supuesto de hecho (*administrador sociedad u otra entidad jurídica*), el artículo 47.1 RESE subordina la admisión de la figura a otras dos condiciones adicionales. Por un lado, el precepto establece que lo anterior se producirá salvo que se disponga lo contrario en la legislación del Estado miembro del domicilio. En segundo lugar, el Reglamento requiere que los estatutos sociales prevean expresamente esta posibilidad.

A. Ausencia de prohibición en el Derecho nacional de sociedades anónimas

De acuerdo con el artículo 47.1 RESE, la sociedad anónima europea podrá contar con personas jurídicas u otras entidades en sus órganos, siempre que las normas aplicables a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio no dispongan lo contrario. Así, la licitud de la administración societaria por personas jurídicas encuentra en la SE un primer límite en la legislación interna del Estado del domicilio. La fórmula acogida es negativa, por lo que es suficiente que el ordenamiento jurídico aplicable no prohíba la administración a cargo de personas jurídicas, sin que resulte necesario que ello se admita expresamente. Debe destacarse el acierto de esta redacción, ya que la referencia a una ausencia de prohibición permite dar acogida a la institución también en

los casos de silencio normativo, por ejemplo, en el modelo italiano⁵²⁰. Por otra parte, la referencia a “entidades jurídicas” podría plantear la duda sobre si, en ausencia de disposición expresa, cabría designar a entes carentes de tal atributo. La referencia taxativa a la persona jurídica en el artículo 212.1 LSC excluye este problema en el caso español.

La ausencia de prohibición en el Estado miembro del domicilio entronca con el principio de igualdad de trato, consagrado en el artículo 10 del Reglamento. En su virtud, el Estado del domicilio no puede someter a la SE a una solución distinta de la que resulte aplicable a las sociedades anónimas nacionales. De este modo, si el Derecho nacional prohíbe la institución, ésta se extenderá a las sociedades anónimas europeas domiciliadas en ese concreto Estado. La posición es prácticamente unánime con respecto a los modelos ya legislados, esto es, en aquellos casos en los que el Estado miembro ya contara con normas relativas al concreto modelo, monista o dualista, de administración⁵²¹. Sin embargo, resta la duda sobre si cabría introducir diferencias entre el modelo monista y el dual en aquellos casos en los que fuera necesario regular *ex novo* alguno de los dos, según exigen los artículos 39.5 y 43.4 y RESE, respectivamente. En este sentido, parte la doctrina alemana valoró la posibilidad de admitir la administración por personas jurídicas en la

520 Próxima, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 58. Similar, llamando la atención sobre la ausencia de prohibición, DONATIVI, V., “Organizzazione e funzionamento della società europea”, CAPRIGLIONE, F. (a cura di), *La nuova disciplina della società europea*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 177-206, en concreto, p. 203.

521 La doctrina es unánime con respecto a los modelos ya legislados, SCHWARZ, G. C., *Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) Kommentar*, cit., p. 862. Consideraba necesaria una modificación normativa si se quería hacer uso de la facultad conferida por el artículo 47.1 RESE, HOMMELHOFF, P., “Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *AG*, 6 (2001), pp. 279-288, en concreto, p. 283. En sentido semejante, HIRTE, H., “Die Europäische Aktiengesellschaft”, *NZG*, 1 (2002), pp. 1-10, en concreto, p. 5.

regulación del sistema monista, bajo el argumento de que el principio de igualdad no resulta de aplicación a las posibles diferencias entre modelos⁵²².

En cambio, desde una interpretación literal del artículo 47.1 RESE –que no se establezca lo contrario en el Derecho nacional de sociedades anónimas- y acogiendo de forma taxativa el principio de igualdad de trato, no resultaba posible separarse de la prohibición contenida en el §76 Ab. 3 AktG. De este modo, la admisión en el modelo monista habría requerido la previa supresión de la prohibición para los miembros del *Vorstand* en la *Aktiengesellschaft*⁵²³. El legislador alemán se decantó por la segunda tesis, extendiendo la prohibición para las personas jurídicas al órgano administrativo en el modelo sistema de la SE, según recoge el artículo 27 Ab. 3 de la *Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)*.

Puede comprenderse que, ante la inexistencia de sociedades anónimas nacionales de administración monista, el legislador prefiriera una solución que no planteara fricción alguna con el espíritu del Reglamento. Finalmente, la técnica legislativa del modelo monista alemán sigue planteando algunos

522 A favor de la licitud de esta posibilidad, SIEMS, M. M., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 83. Implícitamente, TEICHMANN, C., “Art. 47 SE-VO”, cit., p. 733, al manifestar que Alemania y Austria no han hecho uso de la facultad concedida por el RESE; FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 21.

523 HOMMELHOFF, P., “Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”, cit., p. 283. TEICHMANN, C., “Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft”, cit., p. 455. En contra sobre la base del referido principio, SCHWARZ, G. C., *Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) Kommentar*, cit., p. 862 e *Ibidem*, “§ 27 SEAG”, LUTTER, M., HOMMELHOFF, P. (eds.), *SE-Kommentar: SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht*, 2ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 600-608, en concreto, p. 607. HOFFMANN-BECKING, M., “Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten, insbesondere im monistischen System”, *ZGR*, 3-4 (2004), pp. 355-382, en concreto, pp. 366-367, acogiendo una interpretación literal del artículo 47.1 RESE que requiere que se permita en las sociedades anónimas nacionales. También FLEISCHER, H., “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, cit., p. 20, aunque el autor se muestra más flexible.

problemas hermenéuticos en relación con la administración por personas jurídicas. Y es que, en lugar de acoger los términos del § 76 Ab. 3 AktG, el artículo 27 SEAG optó por una fórmula negativa, según la cual, las personas jurídicas no pueden formar parte del órgano administrativo. Esta alternativa se explica a la vista de la traducción de la expresión “entidad jurídica” por la de “persona jurídica” en la versión alemana del Reglamento. Aun así, la disposición deja cierto margen de duda sobre si las entidades carentes de personalidad jurídica podrían ocupar cargos en el órgano de administración de una SE monista domiciliada en España, que la doctrina se ha encargado de colmar, de nuevo, en sentido contrario a esta posibilidad⁵²⁴.

B. Previsión estatutaria

El segundo de los requisitos que el artículo 47.1 RESE establece para la admisión del administrador persona jurídica es la necesaria previsión estatutaria en la que se contemple esta posibilidad. Así, se deduce de la disposición (“*los estatutos podrán estipular*”) que la designación de entidades como administradores queda supeditada a una previa habilitación de los estatutos. Por consiguiente, y a pesar de la remisión al Estado del domicilio, la administración de la SE por persona jurídica no se configura como una facultad

⁵²⁴ LUTTER, M., BAYER, W., SCHMIDT, J., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5ª ed., Berlin/Boston, De Gruyter, 2012, p. 1501. Crítico con la fórmula, VERSE, D. A., “Art. 27 SEAG”, cit., p. 551. Sobre las dudas durante la tramitación de las normas de transposición, pero en contra de esta posibilidad, MERKT, H., “Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht”, *ZGR*, 32-5/6 (2003), pp. 650-678, en concreto, p. 655. SCHÖNBORN, A., *Die monistische Societas Europaea in Deutschland im Vergleich zum englischen Recht*, Baden-Baden/München, Nomos/C. H. Beck, 2007, p. 66. SCHMIDT, J., *Deutsche vs. britische Societas Europaea (SE): Gründung, Verfassung, Kapitalstruktur*, Gottmandigen, JWV, 2006, p. 493. En referencia al consejo de vigilancia, HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, cit., Mg. 9.

legal, sino que los socios deben otorgarse mediante la correspondiente previsión⁵²⁵. De lo anterior se deriva que la ausencia de cláusula estatutaria sobre el particular determinará la exclusión de las personas jurídicas como administradores en la SE, con independencia de que el Derecho aplicable en el Estado del domicilio acoja la figura.

En cuanto a la justificación de este requisito -desconocido, por otra parte, en los modelos nacionales-, cabe pensar que, atendido el carácter transfronterizo del tipo social y a los riesgos asociados al empleo de la institución, se haya considerado oportuno exigir el previo consenso de los socios o en su caso, la mayoría reforzada para la modificación de los estatutos (art. 59. 1 RESE). En este sentido, el Reglamento exige una cláusula estatutaria en una variedad de supuestos en los que se opera una remisión al Estado del domicilio. Así ocurre en el artículo 39.2.II RESE en el caso de que se desee atribuir la competencia para el nombramiento y cese de los miembros de la dirección a la Junta general, en lugar de al consejo de vigilancia o cuando se quiera establecer la posibilidad de designación en representación de la minoría (art. 47.1 RESE). De este modo, se dota de mayores garantías a los socios en

525 ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., pp. 648-649 entiende que nos hallamos frente a una cláusula facultativo-necesaria. LUTTER, M., BAYER, W., SCHMIDT, J., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, cit., p. 1501. MORILLAS JARILLO, M^a. J., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Not. UE*, 270 (2007), pp. 57-78, en concreto, p. 60. BOQUERA MATARREDONA, J. “Sociedad Anónima Europea con domicilio en España”, *Not. UE*, 252 (2006), pp. 35-56, en concreto, p. 49. Sólo excepcionalmente se propone una lectura más laxa del precepto; así, GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 328. Sistema monista”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2^a ed., vol. III, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 3137-3146, en concreto, p. 3142. También en contra de la interpretación que sostenemos, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la sociedad anónima europea”, cit., p. 255 consideran que la supletoriedad de las normas relativas a la SA interna excluye la necesidad de previsión estatutaria.

cuyos Estados de origen se desconozca la concreta institución, en tanto la previsión inicial o, en su caso, la enmienda estatutaria, les proporcionará información sobre el particular. En definitiva, cabe identificar en los tres referidos supuestos de intervención estatutaria (administrador persona jurídica, competencia de la Junta para el nombramiento de la dirección y representación proporcional) un criterio supletorio negativo, que sólo la autonomía estatutaria puede desvirtuar, mediante la oportuna disposición.

C. Designación obligatoria de representante

El modelo normativo diseñado por el Reglamento europeo impone una condición adicional, a saber, la designación obligatoria de una única persona física para el ejercicio de los poderes del órgano (art. 47.2 RESE). De este modo, el texto europeo se inclina por el modelo de origen francés, también conocido en Bélgica o España. Como opción de política jurídica, parece adecuado que el texto europeo haya optado por el modelo de mayor tradición normativa en el continente, basado en un representante único y necesario. En cuanto al estatuto jurídico de esta figura, el Reglamento le atribuye el ejercicio de los poderes en el concreto órgano en el que la persona jurídica ocupe el cargo, pero no se contienen otras precisiones que sí contemplan las regulaciones nacionales, fundamentalmente, su carácter permanente y su régimen de deberes y responsabilidad.

Ante ello, se hace necesario determinar si la omisión puede paliarse acudiendo al sistema de fuentes del RESE, contenido en su artículo 9. El representante del administrador persona jurídica puede calificarse como una materia parcialmente regulada por el Reglamento y, de conformidad con el artículo 9.1.c) RESE, cabría aplicar a esta figura, con carácter supletorio, las

normas referidas a las sociedades anónimas nacionales del Estado del domicilio⁵²⁶. En otros términos, los Estados miembros como España, Francia y Bélgica podrían acudir a este precepto para integrar el estatuto de la persona física representante de una persona jurídica administradora de una SE. Y así, podrían exigirle idénticos deberes y responsabilidad, en virtud de los artículos 236.5 LSC, L.225-20 *Ccomm* y 61.2 *Cds*, sin necesidad de acudir a una ampliación analógica.

Pero la principal novedad reside en que el Reglamento impone el nombramiento de un representante persona física, también en aquellos casos en que resulte aplicable el Derecho de un Estado miembro que desconociera esta alternativa normativa, como es el caso del Reino Unido o de Italia. En tales supuestos, el régimen jurídico del representante del administrador persona jurídica plantea algunos interrogantes. Por un lado, el margen a la autonomía estatutaria en el RESE se encuentra limitado por el propio sistema de fuentes, en el que se establece que la sociedad anónima europea se regirá por sus estatutos cuando el Reglamento así lo establezca expresamente (art. 9.1.b RESE). Si es necesaria habilitación expresa, es dudoso que los estatutos puedan establecer un régimen particular al que sujetar al representante permanente en el caso de que el Derecho nacional no lo prevea. Por otro lado, el principio de igualdad de trato impediría a los Estados miembros prever una regla relativa a la responsabilidad del representante que resultara inaplicable a las sociedades

⁵²⁶ Así, ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 647. Secundado por CUENCA GARCÍA, Á., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España. El sistema dual,” BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 283-345, en concreto, p. 304. Sobre los aspectos parcialmente regulados, VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 29-52, en concreto, p. 48.

anónimas nacionales. Las anteriores consideraciones no han impedido a Italia emplear el Reglamento como herramienta interpretativa a favor del administrador persona jurídica en las sociedades anónimas nacionales⁵²⁷. En tal medida, el ordenamiento transalpino preserva el principio de igualdad de trato interpretando en sentido favorable el silencio del *codice civile*.

3.4.3. La sociedad anónima europea domiciliada en España: administración monista y dualista

Las consideraciones anteriores pueden extrapolarse a las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España. Con todo, procede analizar las particularidades de su régimen, tanto si optan por el sistema de administración monista, propio de nuestro país, como si acogen el modelo dualista previsto en los artículos 478 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. En esta materia incide el sistema de fuentes de la SE domiciliada en España: el artículo 455 LSC declara aplicables las normas previstas en el Reglamento, las normas del Título XII de la propia ley, así como la Ley relativa a la participación de los trabajadores.

En materia de administración, el modelo monista se remite a las normas aplicables a las sociedades anónimas nacionales, siempre que no contradigan lo dispuesto en el Reglamento (art. 477.2 LSC). Por consiguiente, conjugando el citado precepto con el artículo 9.c) RESE, las especialidades relativas al representante permanente se extienden a esta figura en la SE domiciliada de administración monista, incluidos los artículos 212 *bis* 2 y 235.6 LSC. Por su

⁵²⁷ Tribunale Milano sez. VIII, 27.02.2012. Críticos, SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 7. SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”.cit., Mg. 3.

parte, los artículos 212.1 y 212 *bis* 1 LSC sólo serán de aplicación en la medida en que resulten compatibles con el Reglamento europeo. Lo anterior significa que a su enunciado general habrá que añadir la existencia de previsión estatutaria contenida en el artículo 47.1 RESE. Por lo que respecta al sistema dual de administración, conviene trasladar las conclusiones alcanzadas en relación con el margen de los legisladores nacionales para innovar en la implantación de modelos hasta entonces desconocidos. Según se ha indicado, una aproximación prudente al principio de igualdad de trato impedía adoptar una solución diferente para la SE dualista. En este sentido, el legislador español no podría haber prohibido en este tipo la administración societaria por personas jurídicas para la SE dualista. Por la misma razón, tampoco cabría hacerlo en la SE monista domiciliada en España.

Por lo que respecta a los miembros de la dirección en la SE dualista, la Ley de Sociedades de Capital remite sus facultades, titularidad y ámbito del poder de representación a las normas previstas para las anónimas nacionales (artículo 479.3 LSC). La duda reside en la responsabilidad que corresponde al representante en este modelo. En este caso, su estatuto jurídico debe ser tratado como una materia parcialmente regulada en el artículo 47.1 RESE y, por consiguiente, deberemos remitirnos al artículo 236.5 LSC, esto es, al Derecho nacional aplicable (*ex art. 9.1.c*) RESE).

En todo caso, la admisión expresa del artículo 212.1 LSC no es suficiente para entender admitida la figura en la SE domiciliada en nuestro país. En efecto, los estatutos deben prever expresamente esta posibilidad y, a tal efecto, bastaría una cláusula general habilitante. En el caso de optar por un modelo dual, bastaría una disposición común que diera acogida a la figura para ambos órganos, dirección y consejo de vigilancia. Tampoco existen argumentos para obstaculizar un tratamiento asimétrico en un caso y en otro, por ejemplo,

admitiendo a las personas jurídicas como miembros del consejo de vigilancia y prohibiéndolo expresamente o manteniendo la prohibición supletoria para el comité de dirección. Finalmente, si los estatutos guardaran silencio, las personas jurídicas tendrán vetado el acceso a cargos de gestión en la SE domiciliada en España.

Restaría determinar el margen de autonomía estatutaria para establecer un régimen particular de gestión a cargo de personas jurídicas, distinto del que resultaría aplicable siguiendo el sistema de remisiones expuesto. Se trataría de que, al amparo del artículo 47.1 RESE, los estatutos sociales fijaran reglas de responsabilidad de los gestores personas jurídicas o de sus respectivos representantes permanentes. En ningún caso, la autonomía estatutaria de la SE puede derogar normas imperativas del Derecho nacional, por lo que el artículo 236.5 LSC será de aplicación necesaria.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

La evolución del régimen normativo español revela la precocidad del Derecho registral español en admitir la figura, cuando el debate doctrinal apenas se había verificado en España. Desde la óptica de la técnica legislativa, resulta muy destacado el papel de los sucesivos Reglamentos del Registro Mercantil que, en cada uno de los periodos analizados y hasta la Ley de Sociedades de Capital, se han anticipado a los textos legales. Los continuos cambios normativos se han visto condicionados por la progresiva generalización de la figura del administrador persona jurídica en el tráfico

mercantil, así como notablemente influidas por una mayoría doctrinal históricamente favorable a su admisión. La materia que nos ocupa se ha visto afectada por la constante tecnificación y especialización del Derecho de sociedades capitalistas y, en concreto, de las reglas relativas a su órgano de administración, desde el inicio de la discusión doctrinal, a comienzos del siglo XX, hasta nuestros días.

En la línea de las influencias foráneas, se advierte el predominio alternativo del Derecho francés y alemán en distintos momentos históricos. Sin embargo, la solución de inspiración germánica no prosperó en ninguna de las dos ocasiones en que fue proyectada (APLSA 1947 y APLSA 1979), consolidándose entre nosotros un modelo de corte francés. Parece que la posición mayoritariamente favorable de la doctrina, sobre todo, a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado, y la implantación progresiva de la figura en el tráfico de las sociedades mercantiles, supusieron un obstáculo a la implantación de la prohibición. En el caso de las comanditarias por acciones, se admite de forma generalizada que el socio colectivo sea una persona jurídica. Sin embargo, la potencialidad de las figuras híbridas contrasta con la escasa implantación de este tipo social en el tráfico mercantil español.

El régimen jurídico se ha desarrollado a lo largo de las sucesivas reformas societarias, marcado por ciertos vaivenes de los textos prelegislativos. En este ínterin, el legislador se vio primero obligado a acoger como criterio normativo lo que, aparentemente, constituía una práctica arraigada en el tráfico mercantil español, su admisión indiscutida. Se apreciará cómo, en un primer momento, los textos legales sólo dedican disposiciones a la administración en el momento fundacional, en relación con la inscripción. Culinado el reconocimiento por vía registral, el legislador prestó atención a las reivindicaciones doctrinales que exigían mayor claridad en el enunciado normativo, pero también mayor

completud de las normas dedicadas al régimen de deberes y responsabilidad del ente administrador y su representante. En ocasiones, la técnica regulatoria ha sido rectificadada no sólo durante la tramitación parlamentaria, sino una vez operada la modificación legislativa.

Si se ponen en conexión las conclusiones alcanzadas en esta sede con las obtenidas en el capítulo segundo, resulta que el modelo regulatorio vigente en España hasta la Ley 31/2014 constituía una *rara avis* en el panorama comparado, pues carecía de una previsión sobre el régimen de deberes y responsabilidad aplicable a la persona física representante. Esta circunstancia tenía su origen en el artículo 143 RRM 1989, que concebía su designación como un simple requisito para el acceso del nombramiento de la persona jurídica al Registro Mercantil, descuidando, sin embargo, los aspectos de régimen jurídico-sustantivo. Tras varios intentos improprios, las reivindicaciones doctrinales en favor de una norma clarificadora de la naturaleza de esta figura fueron atendidas por la Ley 31/2014. Desde su entrada en vigor, el modelo español se alinea con el francés y belga, de forma que la persona física representante del administrador persona jurídica se somete a idénticos requisitos de acceso al cargo y deberes que el resto de administradores y responde solidariamente con la persona jurídica (art. 236.5 LSC). Las dudas en torno a la aplicabilidad retroactiva del artículo 236.5 LSC deben resolverse en pro de la seguridad del tráfico y en contra de introducir una fragmentación artificial al régimen del representante permanente.

La sociedad comanditaria por acciones se somete plenamente al régimen propio de los demás tipos capitalistas. En ella, el socio colectivo debe designar a un solo representante permanente, aunque esta persona no responde personalmente por las obligaciones sociales. Por su parte, las sociedades anónimas europeas introducen un modelo normativo ligeramente distinto al de

corte francés, pues exigen una previa habilitación estatutaria. El principio de igualdad de trato, consagrado en el artículo 9 RESE, impidió una aproximación flexible por parte de aquellos ordenamientos que no preveían normas para uno de los modelos de administración, monista y dualista. Así, los ordenamientos que expresamente prohíben la figura debían derogar la exclusión o mantenerla, también en el caso de que hubieran de legislar *ex novo*. Por su parte, los Estados miembros que como España adoptaran un criterio favorable, debían extenderlo a la SE domiciliada en su territorio. Las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España deben designar a un representante, que se somete al artículo 236.5 LSC. Este elemento del modelo normativo nacional no puede ser derogado por los estatutos de la SE domiciliada en España.

CAPÍTULO V - EL REPRESENTANTE DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

El representante del administrador persona jurídica es una institución propia del Derecho de sociedades de capital, que tiene su origen en el artículo 91 de la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*. Fue acogida por el ordenamiento jurídico español con ocasión del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, incorporada al artículo 143. Mantenido en el Reglamento de 1996, la figura alcanzó rango legal con la Ley 25/2011, donde se incluyó en el nuevo artículo 212 *bis* LSC, cuyo apartado primero impone hoy a todo administrador persona jurídica la designación de una sola persona física para el desempeño permanente de las funciones propias del cargo. La institución constituye una innovación del ordenamiento jurídico francés, diseñada para paliar algunas de las dificultades técnicas asociadas al nombramiento de personas jurídicas y que han sido exploradas en la sede oportuna⁵²⁸.

El representante del administrador persona jurídica constituye un *tertium genus*, tanto desde la óptica del Derecho de sociedades de capital, como en la teoría general de la representación. Desde la primera perspectiva, se trata de un sujeto legitimado para actuar como un titular orgánico (administrador material), pero que no ostenta formalmente este título (administrador formal). Además, con él se introduce la intersubjetividad en la posición orgánica,

⁵²⁸ Sobre el origen del representante en la norma francesa, véase *supra* Capítulo II, III, 1.1.1.A. Para un examen de la incorporación del instituto al Derecho español de sociedades, véase *supra* Capítulo IV.

precisamente, uno de los elementos cuyas consecuencias ha tratado de eliminar el Derecho de sociedades de capital, por ejemplo, mediante la vinculación de la sociedad por los actos que excedan del objeto social (art. 10.2 de la Primera Directiva y 234.2 LSC). Así, entre el titular del cargo y la sociedad o los terceros con quienes se relaciona aparece un tercer sujeto, calificado por la norma societaria como un representante. Su presencia debe ser tomada en consideración a efectos de establecer el esquema de imputación de actos jurídicos a la sociedad: del representante al ente administrador y de éste a la sociedad administrada. La calificación como *tertium genus* también se refiere a su incardinación en el régimen de representación del ente administrador, lo que requiere un análisis detenido.

En este contexto, el presente capítulo analiza la figura del representante del administrador persona jurídica, como elemento esencial del régimen contenido en la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar, se indaga en su naturaleza jurídica a partir de los elementos que proporciona el Derecho positivo, pero teniendo presente su origen en la reforma societaria francesa de 1966. Seguidamente, se fijan los caracteres normativos que definen al representante, con el fin de establecer el estatuto particular de la figura. Los resultados deberían permitir analizar en detalle el régimen societario del representante permanente, tarea abordada en los capítulos siguientes.

Antes de indagar en las particularidades de la figura a la que se refieren los artículos 212 *bis* LSC y 143 RRM, es precisa una aclaración terminológica. En estos preceptos, la persona física que representa al administrador persona jurídica recibe el nombre de *representante permanente* o, simplemente, *representante*. Sin embargo, el examen subsiguiente aspira a explicar esta figura desde la teoría general de la representación y, para ello, la expresión “*representante permanente*” debe ser tomada en sentido no estricto o técnico,

pues se trata de la denominación que las normas societarias emplean para referirse a quien desempeña tareas propias de un titular orgánico, pero, según se analizará, sin prejuzgar la representación que se le atribuye. Por este motivo, en este capítulo se utiliza, preferentemente, la fórmula “*figura*”, “*cargo*” o “*condición*” de representante permanente, en referencia a la institución estudiada desde la óptica societaria, con el propósito de evitar la confusión con las categorías y nociones comunes de la representación; fundamentalmente, la representación necesaria (legal u orgánica) y voluntaria y las expresiones *relación representativa*, *poder de representación*, *apoderamiento* y *negocio subyacente*.

II. NATURALEZA JURÍDICA

El primer paso para la determinación del régimen jurídico del representante del administrador persona jurídica es la delimitación de la concreta naturaleza jurídica que le corresponde. La calificación es relevante en punto al tratamiento de las relaciones del administrador y su representante con los terceros: la sociedad, aquéllos que se relacionen con ésta y, en particular, con todos los legitimados para reclamar responsabilidad frente a los administradores sociales. En efecto, al fijar la naturaleza jurídica del instituto, podrá establecerse la relevancia jurídica que debe otorgarse a la dualidad de sujetos de Derecho presentes en la vocalía orgánica (representante y ente gestor). Ello servirá para determinar los supuestos de ausencia de vinculación del ente por lo actuado por la persona física o la posibilidad de imputar responsabilidad a cada uno de ellos por actos u omisiones que, sin embargo, no resulten atribuibles al otro. Sin embargo, por lo general, cualquier intento de subsumir la figura en alguna de las categorías dogmáticas de la representación (necesaria

o legal, voluntaria, orgánica) arroja resultados poco concluyentes. Las diversas circunstancias que explican las dificultades asociadas a esta tarea se detallan seguidamente.

Con la designación de una persona natural representante del administrador persona jurídica surge una relación de carácter triangular, en cuyos vértices se sitúan, respectivamente, el ente administrador (como *dominus negotii*), la persona física representante y la sociedad administrada⁵²⁹. El resultado es un entramado de vínculos entre los tres sujetos cuya naturaleza y contenido es necesario delimitar. Así, a la relación orgánico-contractual entre la persona jurídica y la sociedad de capital, presupuesto de todas las demás, se suman aquellos vínculos que se entablen, de un lado, entre la persona jurídica y su representante permanente; y, de otro, aquél que vincule a este último con la sociedad en la que desarrolla funciones de gestión y representación, si es que se establece alguno. Las primeras, esto es, aquellas relaciones jurídicas que existan entre la persona jurídica administrador y su representante (representante-representada, principal-agente), son comúnmente denominadas relaciones de ámbito interno, por aplicación de la teoría general de la representación⁵³⁰. En este ámbito posee también relevancia su condición de codeudores solidarios *ex* artículo 236.5 LSC⁵³¹. Por su parte, la vertiente externa se refiere a la intervención del representante en el ejercicio de las

⁵²⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 67. En aplicación al supuesto específico objeto de estudio, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 56.

⁵³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 65. En esta materia en particular, ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, PAU PEDRÓN, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 189-221, en concreto, p. 200.

⁵³¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, cit., pp. 238 y 245.

funciones propias de administrador, en la sociedad administrada y frente a terceros, y compete exclusivamente al Derecho societario.

Ante esta circunstancia, el estudio acoge el tratamiento del administrador persona jurídica como un instituto propio del Derecho de sociedades de capital, pero teniendo presente que su régimen jurídico sólo queda parcialmente determinado por la norma societaria. En efecto, ésta se refiere a la competencia para su designación (art. 212.1 LSC), los requisitos que deben concurrir en él y sus deberes y responsabilidades en el ejercicio de las funciones en las que actúa como administrador (art. 236.5 LSC). En tal sentido, su estatuto jurídico sólo puede ser determinado conjugando su régimen societario con la relación de ámbito interno entre el representante y el ente administrador. Parece adecuado explorar la naturaleza jurídica del representante permanente aceptando la existencia de una doble vertiente en su estatuto, interna y externa, lo que permite anticipar su naturaleza híbrida.

1. Vertiente *ad intra*

La vertiente interna se refiere a la relación jurídica que se establece entre una persona física y la persona jurídica administradora de una sociedad de capital. Ambos sujetos aparecen como responsables solidarios en el desempeño del cargo por mor del artículo 236.5 LSC.

1.1. Caracterización *ad intra* como *mandatario* en el Derecho francés

En el Derecho francés, del que es originaria la figura, el representante del administrador persona jurídica es calificado como mandatario del ente

titular⁵³². Pero esta conclusión no es el resultado de una discusión dogmática análoga a la que se ha producido en la doctrina española. A nuestro juicio, cabe identificar dos circunstancias que explican el consenso de los autores galos sobre la condición de mandatario del representante y que, además, no se constatan en el caso español.

En primer lugar, como es conocido, la doctrina moderna de la representación se asienta sobre la distinción entre dos planos, que necesariamente confluyen en todo negocio de naturaleza representativa. El primero se denomina comúnmente relación representativa y su elemento esencial es el poder de representación. El segundo de los planos consiste en un negocio jurídico que subyace a esa relación representativa (denominado negocio base o subyacente), un vínculo de orden gestor que, además, coincide generalmente con la causa de la representación⁵³³. Esta distinción permite fundar la separación dogmática entre el mandato y el poder de representación, opción por la que se decanta la

⁵³² HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 311; OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 7. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 64. A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, *Gaz. Pal.*, 1 (1974), pp. 22-26, en concreto, p. 25. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 225.

⁵³³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 65-67. LINARES NOCI, R., *Poder y mandato: (problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, Colex, 1991, p. 53. MONTÉS PENADÉS, V. L., “La representación”, BLASCO GASCÓ, F. (coord.), *Derecho civil. Parte general, Derecho de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 353. DIÉGUEZ OLIVA, R., *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 32. HERNÁNDEZ MORENO, A., “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 C.C.”, *RJC*, 79-2 (1980), pp. 373-445, en concreto, p. 414-415. CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, Madrid, Montecorvo, 1984, pp. 67-70. GARCÍA Y VALDECASAS GARCÍA Y VALDECASAS, G. “La esencia del mandato”, *RDP*, 331 (1944), pp. 769-776, en concreto, p. 771. Adoptan una postura algo más matizada, LACRUZ BERDEJO, J. L., “Gestión de negocios ajenos sin mandato”, *RCDI*, 507 (1975), pp. 245-270, especialmente, p. 247. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La revocación del mandato y del poder”, *AAMN*, 4 (1948), pp. 551-668, en concreto, p. 565.

mayoría doctrinal en nuestro país⁵³⁴. Pero el representante del administrador persona jurídica es una institución originaria del Derecho de sociedades francés, ordenamiento en el que el contrato de mandato se configura como un negocio de naturaleza representativa. Aunque la dogmática gala asume la distinción conceptual entre mandato y representación, el Código Civil francés regula conjuntamente ambas instituciones⁵³⁵. Así, el artículo 1984 del *Code Civil* define el mandato o *procuración* como el acto por el cual una persona otorga a otra el poder de hacer algo por el mandante y en su nombre. Esta dicción es distinta de la empleada por el artículo 1709 CC, en la que no se alude a la noción de poder⁵³⁶.

En segundo término, el *Code de commerce* emplea la expresión *mandat* para referirse al cargo del representante permanente en los artículos R.225-16 y R.225-17. En el primero se afirma que el *mandato* del representante le es conferido por la duración del *mandato* de la persona jurídica y, seguidamente, que la revocación del *mandato* del representante debe ser notificada a la sociedad administrada. Por su parte, el artículo R.225-17 *Ccomm* se refiere al cese y revocación del *mandato* del representante. En realidad, el término “mandato” se emplea de forma generalizada en el *Code* en relación con el cargo de los

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 65-67. LINARES NOCI, R., *Poder y mandato (Problemas sobre su irrevocabilidad)*, cit., p. 53. MONTÉS PENADÉS, V. L., “La representación”, cit., p. 353. DIÉGUEZ OLIVA, R., *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*, cit., p. 32. HERNÁNDEZ MORENO, A., “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 C.C.”, cit., pp. 414-415. CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, cit., pp. 67-70. GARCÍA Y VALDECASAS GARCÍA Y VALDECASAS, G. “La esencia del mandato”, *RDP*, 331 (1944), pp. 769-776, en concreto, p. 771. LACRUZ BERDEJO, J. L., “Gestión de negocios ajenos sin mandato”, cit., p. 247. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La revocación del mandato y del poder”, cit., p. 565.

⁵³⁵ PÉTEL, P., *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, 1994, p. 12; GILSON-MAES, A., *Mandat et responsabilité civile*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, pp. 54-63.

⁵³⁶ La diferencia ha sido tradicionalmente advertida por la doctrina patria. Así, MONSERRAT VALERO, A., *El mandato y el apoderamiento irrevocables*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1982, pp. 36-34.

administradores sociales; así, en el artículo L.225-21 *Ccomm* en referencia a la acumulación de cargos, en su artículo L.225-20, sobre la exigencia de la condición de socio, o en el artículo L.225-29 *Ccomm*, en relación con la duración del cargo, *inter alia*. Por este motivo, en el *Code*, la expresión “mandato” no debería entenderse como calificativa de la naturaleza del representante permanente, ya que se emplea indistintamente para los titulares orgánicos. Aun así, la doctrina francesa ha utilizado el argumento literal para otorgar al representante la condición de mandatario de la persona jurídica administradora, tesis compartida por la mayoría doctrinal en Bélgica⁵³⁷.

1.2. Aplicabilidad al caso español. La separación entre los planos de la representación

En la concepción española, el ámbito de la relación interna entre la persona jurídica y su representante debe construirse sobre la distinción dogmática entre mandato y representación o, si se prefiere, entre los dos planos de la representación, el negocio subyacente y el poder representativo. Aceptando esta distinción, procede ubicar tales elementos en el instituto objeto de estudio. A nuestro parecer, el negocio subyacente se corresponde con el ejercicio de cuantas funciones sean inherentes al cargo de administrador. Así lo indica el artículo 212 *bis* 1 LSC al atribuir al representante el ejercicio de las funciones propias del cargo. Por su parte, el segundo elemento, el poder de representación necesario para ejecutar las funciones propias del negocio deberá ser otorgado por la persona jurídica de conformidad con sus normas ordenadoras.

⁵³⁷ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 7. En la doctrina belga, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 317.

1.2.1. El negocio subyacente

En la teoría de la representación, el negocio subyacente se define como un vínculo gestor que justifica la atribución de poder de representación en favor de una persona física. En el caso que nos ocupa, el negocio subyacente viene definido por la norma como el desempeño de las funciones propias del administrador (art. 212 *bis* 1 LSC y 143.1 RRM). Su contenido está integrado por la totalidad de funciones que corresponden al titular orgánico de una sociedad de capital, a saber, la gestión y representación de la sociedad (art. 209 LSC). En este punto reside una de las principales dificultades inherentes a la figura. Y es que el representante concluye un negocio jurídico cuyo objeto es idéntico al que la sociedad entabla con cualquiera de sus administradores.

Sin embargo, la compañía administrada no interviene como parte en este particular negocio, pues es concluido entre la persona jurídica titular y la persona física representante. Ello es así a pesar de que, debidamente apoderada, la persona física adquirirá la facultad de representar a la sociedad y ejercer en ella la totalidad de facultades de gestión. En todo caso, la titularidad del cargo corresponde al ente administrador, con quien la sociedad formaliza el vínculo orgánico-contractual⁵³⁸. La anomalía de esta situación explica que el estudio parta de la consideración del representante como un *tertium genus*, de difícil anclaje en alguna de las categorías dogmáticas tradicionales, tanto del Derecho societario, como en la teoría general de la representación.

⁵³⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2319. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 854. ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, cit., p. 200.

El negocio que ahora nos ocupa coincide objetivamente con el de naturaleza orgánico-contractual, pero en él, las posiciones jurídicas se ven alteradas por la presencia de un tercero que no ostenta formalmente el cargo de administrador, pero a quien la norma legitima para el ejercicio de las funciones correspondientes. Este extremo aproxima la figura objeto de estudio al fenómeno de la *Drittanstellung*, por el que una persona distinta de la sociedad o del administrador ocupa alguna de las dos posiciones contractuales en el contrato con los miembros del comité de dirección (el *Anstellungsvertrag*)⁵³⁹.

1.2.2. El poder de representación

Para ejecutar el negocio subyacente, la persona física debe ser apoderada por la persona jurídica administrador. Como en el caso anterior, no será la sociedad administrada, sino el ente titular quien otorgue el apoderamiento a favor del sujeto que seleccione para el ejercicio del cargo en cuestión. El poder facultará al representante para vincular a su poderdante, pero, además, le permitirá actuar en nombre de la sociedad administrada, como si él mismo fuera uno de los titulares orgánicos. Sin embargo, la norma societaria no contiene referencias al poder de representación ni al propio acto de

⁵³⁹ JOOß, A., *Die Drittanstellung des Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft*, cit., pp. 117 y ss. SPINDLER, G., “§ 84 AktG”, cit., pp. 266-267. FLEISCHER, H., “§84 AktG”, cit., p. 1152. Según se ha descrito en el Capítulo I, I, cabe diferenciar el nombramiento orgánico del administrador (*Bestellung*) del de naturaleza contractual (*Anstellung*). Es cierto que la designación de un representante permanente se impone con independencia del modo de organizar la administración en la sociedad y que, incluso si un ente fuera designado consejero, la formalización del contrato impuesto por el artículo 249.3 LSC se circunscribe a los miembros ejecutivos. Aun así y si bien la presencia del representante no encaja necesariamente con el supuesto de hecho típico de la institución comparada, ambas comparten el hecho de que un tercero no administrador se coloque en el lugar que la norma atribuye con carácter general a los administradores.

apoderamiento, esto es, al negocio jurídico unilateral por el que se atribuyen a un sujeto facultades representativas.

Ello puede deberse al hecho de haber tomado como modelo el ejemplo francés, en el que no se maneja la consabida distinción entre mandato y representación. La omisión también puede relacionarse con que la Ley de Sociedades de Capital no pretende alterar el régimen general u ordinario de la representación de las personas jurídicas, cuyas normas deben conciliarse con el propio del representante permanente. En efecto, la atribución y vicisitudes del poder de representación conferido a la persona física se regirán por las normas generales, así como por aquéllas que regulen la representación de la concreta persona jurídica administradora. Así pues, al seleccionar a la persona física, el ente gestor deberá considerar la necesidad de otorgar un nuevo apoderamiento o asignar la condición de representante permanente a una persona que ya lo ostente por razón de otro negocio previo.

Las anteriores consideraciones nos sitúan ante dos posibles constelaciones, según el poder de representación de la persona física proceda de un negocio jurídico-representativo preexistente o haya sido atribuido al sujeto con motivo de su designación para este cargo⁵⁴⁰. En otros términos, en este punto, se presentan dos grupos de casos, en función del origen del poder de representación ostentado por el representante. Por un lado, cabe pensar que, en el momento de la designación, la persona física sea ya titular del poder de representación de la persona jurídica administradora. Ello se deberá a que, entre ella y el ente gestor, exista un vínculo previo. En segundo término, es posible que el sujeto seleccionado carezca de tal poder y sea necesario otorgarlo en el momento de acceder al cargo. En definitiva, los supuestos se distinguen según

⁵⁴⁰ Así, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 869.

si la causa del apoderamiento se encuentra en el negocio subyacente el artículo 212 *bis* LSC o en otro previo. En la segunda constelación, la causa de la relación representativa no se identifica con el desempeño de las funciones propias de administrador, sino que el apoderamiento conecta causalmente con un negocio previo (v. gr., el cargo de administrador, patrono o director general en la persona jurídica).

Así, parece conforme con la concepción española de la representación que la persona a quien se atribuya la condición de representante permanente deba ostentar poder de representación para el ejercicio de las funciones propias. Sin embargo, los artículos 212 *bis* 1 LSC y 143 RRM no prejuzgan su origen causal (por razón de *qué* negocio se otorgó) o temporal (*cuándo* fue conferido). De este modo, el apoderamiento puede haberse producido en cualquier momento previo o coetáneo al acto de designación, bastando que el poder sea suficiente y conserve su vigencia. Por último, no se prejuzga el carácter o naturaleza de la relación representativa establecida entre la persona jurídica y la persona física. Así, el cargo de representante permanente podrá ser ejercitado tanto por representantes orgánicos, como voluntarios de la persona jurídica, bastando que el poder faculte al sujeto para realizar todas aquellas actividades de gestión y representación que sean propias a los administradores de una sociedad capital, según su concreto objeto. En el mismo sentido, el poder de representación puede haber sido otorgado con el fin de atribuir al sujeto la condición de representante permanente, de forma que el poder y el negocio subyacente se encuentren causalmente conectados o radicar en un negocio anterior o, en cambio, resultar necesario el apoderamiento en el momento de la designación.

1.2.3. Implicaciones de la interpretación española

La distinción entre poder y negocio subyacente, así como la dualidad de constelaciones que se derivan de esta interpretación, permiten comprender la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha hecho de las normas que se refieren al representante permanente. Al amparo del artículo 143.1 RRM, el centro directivo ha consentido que el cargo recaiga sobre una persona física ya dotada de poder de representación del ente titular. En tales casos, el acto de designación será suficiente para quedar investido de esta condición⁵⁴¹. Con todo, cabe pensar que esta concepción no estuviera presente en el origen de la figura estudiada, pues el legislador francés habría ideado el cargo como un mandato autónomo, independiente de otros negocios jurídicos.

A. Distinción entre designación y apoderamiento

Según se ha indicado, el poder de representación constituye el elemento objetivo esencial de la relación representativa y tiene su origen en un acto de apoderamiento al que las normas societarias no se refieren. En cambio, tanto el artículo 212 *bis* LSC, como el 143 RRM, emplean el término *designación*, un negocio jurídico que es necesario diferenciar del de apoderamiento⁵⁴². A efectos de estos artículos, la designación constituye un acto de carácter necesario, unilateral, pero de naturaleza recepticia, cuya única función es la de

⁵⁴¹ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534] y RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

⁵⁴² La distinción no es recogida por todos los autores, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 158.

invertir a una sola persona física de la condición de representante permanente⁵⁴³. Es, por tanto, un acto de naturaleza meramente especificativa, pero en ningún caso atributiva del poder de representación. En su virtud y, tras la necesaria aceptación, queda formalizado el vínculo subyacente, que comprende el ejercicio de las funciones como administrador en una sociedad de capital. Si recurrimos a la distinción entre los dos planos de la representación, la designación coincidiría con la oferta contractual del negocio jurídico subyacente, que el representante debe aceptar. En todo caso, el acto de designación pertenece a la esfera del negocio base o subyacente y no afecta al plano de la relación representativa. Por su parte, la designación es distinta e independiente del apoderamiento, aunque ambos negocios podrán coincidir temporalmente cuando el designado no fuera todavía beneficiario del poder de representación.

Como resultado de lo anterior, en el ordenamiento jurídico español, el representante no queda investido de un poder de representación legalmente tasado como consecuencia de la designación. El poder le es otorgado de acuerdo con las normas que rigen la atribución de la representación en la concreta persona jurídica. Este hecho no es inocuo, sino que introduce en la institución analizada posibles problemas relacionados con la extinción o la insuficiencia del poder de representación.

⁵⁴³ El carácter necesario de la designación también aparece en la experiencia italiana de la agrupación europea de interés económico, CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 75. Aparentemente en contra de la distinción, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 248.

B. Autonomía del negocio

En la medida en que la norma no prejuzga el origen o la naturaleza del poder de representación, éste puede traer causa de un negocio jurídico previo u otorgarse con motivo de la designación como representante permanente. De este modo, en ocasiones, el negocio jurídico subyacente *ex* artículo 212 *bis* LSC no constituye la causa del apoderamiento, sino que ésta se encuentra en un vínculo previo entre la persona jurídica y el representante. Según se ha expuesto, ello permite diferenciar dos constelaciones, según el poder de representación y el negocio subyacente se encuentren causalmente conectados o bien el primero encuentre su origen en un negocio preexistente.

El primer grupo de supuestos no plantea especiales dificultades hermenéuticas, pues sólo requiere la fijación del específico estatuto jurídico del representante, sin que sobre ello incida otro negocio subyacente. En cambio, en el segundo grupo de casos, el poder de representación de la persona física tiene su origen en un negocio jurídico concluido entre ésta y el ente administrador con carácter previo al nombramiento. En tales supuestos, resultará necesario determinar si el negocio previsto en el artículo 212 *bis* LSC conserva su autonomía con respecto al negocio previo u originante del poder de representación. En otros términos, en tanto ambos negocios coexistan bajo la cobertura de un único poder de representación, debe resolverse si, a pesar de ampararse en un único acto de apoderamiento, coexisten de forma aislada y a cada uno resulta aplicable un régimen distinto en función de su particular naturaleza o, en cambio, resultan inescindibles, quedando el cargo de representante subsumido en el primero.

En primer lugar, puede cabalmente sostenerse que, si el poder de representación que permite a un sujeto actuar como representante permanente se fundamenta en un negocio previo, el ejercicio de las funciones propias del cargo se integrará en aquél, pues la designación como *representante permanente* también trae causa de aquel negocio anterior. Ello supone negar identidad o autonomía propia al ejercicio permanente de las funciones propias del cargo e identificar el negocio jurídico subyacente con un vínculo preexistente, en el que quedan subsumidas las tareas propias del cargo de administrador⁵⁴⁴. Si se acepta que las funciones quedan amparadas en un negocio previo, deberá admitirse que las normas que ordenen aquél regirán también el desempeño del cargo como representante permanente en vía interna, es decir, en la relación con el ente administrador. En concreto, la responsabilidad en vía interna deberá ventilarse con arreglo a las normas que gobiernen aquel primer negocio.

En sentido contrario, cabría argumentar que el segundo negocio conserva su autonomía con respecto al primero. De aceptarse esta posibilidad, resultará imprescindible fijar el régimen jurídico supletoriamente aplicable a la relación interna entre representante y representada. Decantarse por una u otra tesis posee implicaciones fundamentales sobre el régimen jurídico aplicable al representante, por lo que se impone el examen detallado de la autonomía de la condición de representante y, más concretamente, del negocio subyacente *ex* artículo 212 LSC. Por lo que respecta al tratamiento de esta cuestión en el Derecho comparado, la falta de distinción entre mandato y poder en el Derecho francés puede explicar que la dificultad dogmática ahora analizada haya sido

⁵⁴⁴ En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143 e *Ibidem.*, “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., pp. 869-870 pone énfasis en el poder de representación, respecto del cual afirma que puede asentarse en variedad de relaciones subyacentes entre el ente gestor y la persona natural.

apuntada en la doctrina gala⁵⁴⁵. A nuestro entender, el problema es inherente al modelo tasado belga, en el que se exige la concurrencia de un vínculo preexistente entre el ente administrador y la persona física. Sin embargo, tampoco en este ordenamiento se identifica un debate doctrinal en torno a las relaciones entre el cargo de representante y el negocio previo⁵⁴⁶.

Finalmente, la autonomía del negocio es relevante en punto a la preservación del cargo de administrador. Y es que la subsistencia del poder de representación resulta esencial para que la persona física pueda continuar ejercitando las tareas que le competen. Por ello, si el negocio se acumula a una relación representativa preexistente, existe el riesgo de que, extinguida aquélla, expire también el mandato del representante permanente, por faltar el poder de representación⁵⁴⁷.

2. Vertiente *ad extra*

La vertiente *ad extra* se refiere a la relación del representante con sujetos distintos de la persona jurídica, fundamentalmente, la propia sociedad administrada y los terceros con quienes ésta se relacione. En otros términos, se trata de los actos con relevancia externa en los que la persona física actúe en ejecución del negocio subyacente, legitimado por el poder de representación que le ha conferido el ente administrador. En esta vertiente, la persona física actúa provista de las prerrogativas propias de todo titular orgánico y, en su

⁵⁴⁵ Así, A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 25.

⁵⁴⁶ El problema de la autonomía del negocio desde el Derecho belga ha sido abordado *supra* Capítulo II., III.1.1.1.B.

⁵⁴⁷ Consideran que la condición de representante debe reputarse autónoma a estos efectos, CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, cit., p. 130. En detalle, en este capítulo, *infra* III.8.2.

desempeño, queda sometida a los deberes propios de tal condición, según establece el artículo 236.5 LSC.

2.1. Exclusión de la condición de *nuntius*

En primer lugar, procede descartar el tratamiento de la institución como un mero *nuntius* o transmitente de la voluntad de la persona jurídica administradora. Los términos legales califican al sujeto como *representante*, lo que por sí solo debería bastar para desechar su condición de mero intermediario o mensajero, de acuerdo con la doctrina que diferencia este instituto de la representación⁵⁴⁸. Existen, además, otros argumentos sustantivos que refuerzan esta tesis y que también poseen fundamento legal. En este sentido, la ley le atribuye el desempeño efectivo de las funciones propias del cargo de administrador (art. 212 *bis* LSC), esto es, todas aquellas tareas de orden gestor, incluidas aquéllas de representación de la sociedad que en la concreta sociedad correspondan a los titulares orgánicos. Ello se traducirá en un rol activo que requerirá la ejecución de funciones materiales, desde la redacción de las cuentas anuales o la convocatoria de la Junta general, hasta la ejecución de los acuerdos adoptados por los socios. Además, su puesta en práctica se enmarcará en los deberes generales de diligencia y lealtad frente a la sociedad y, en tales tareas, quedará sujeto a responsabilidad solidaria con la persona jurídica. Seguidamente, la persona designada debe reunir la capacidad necesaria para ser nombrado administrador en nombre propio (art. 236.5 en relación con el artículo 213 LSC). Ello supone que la capacidad exigible al representante es

⁵⁴⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 56.

superior a la propia del nuncio, que sólo precisa aquélla necesaria para transmitir la declaración⁵⁴⁹.

Por todo lo anterior, la figura se compeadece mal con el carácter instrumental del *nuntius* como mero portador de la voluntad de la persona jurídica administrador. Si analizamos sus deberes y régimen de responsabilidad, encontramos en el representante cierto margen de actuación autónoma con respecto a la voluntad del ente gestor, elemento esencial para su diferenciación del mero nuncio⁵⁵⁰. Es cierto que el grado de autonomía del representante puede variar según la finalidad jurídico-económica del recurso a la figura, la vinculación entre administradora y administrada o la estructura de la propiedad o control del ente administrador. A pesar de ello, este extremo no deroga el principio de responsabilidad personal ni la independencia de criterio exigible del representante permanente *ex* artículo 228.d) LSC).

Sin perjuicio de lo anterior, puede aceptarse que, internamente, el ejercicio del cargo se configure de forma que la persona física quede plenamente sometida al criterio del ente administrador⁵⁵¹. Se trataría, en todo caso, de disposiciones con mera eficacia interna no oponibles frente a terceros. De hecho, en tales supuestos, el representante debería asegurarse de que el ente le procura mecanismos de limitación del riesgo derivado del seguimiento de sus instrucciones lesivas, por ejemplo, la concertación de seguros de responsabilidad civil o de pactos de *non petendo*.

⁵⁴⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 346. Considera discutible esta mínima exigencia, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 56.

⁵⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación”, *ADC*, 11-3 (1958), pp. 767-804, en concreto, p. 771. SOTO NIETO, F., “Aspectos fundamentales de la representación”, *RJC*, 73-3 (1974), pp. 543-602, en concreto, p. 552-553.

⁵⁵¹ ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 157.

2.2. El representante como órgano específicamente societario del administrador persona jurídica

En su vertiente *ad extra*, el representante suele ser calificado como un órgano de la persona jurídica administrador⁵⁵². Según esta concepción, se trataría de un órgano unipersonal con origen y funciones específicamente societarias que, a su vez, coexistiría con los órganos propios de cada ente, de acuerdo con su negocio constitutivo o sus normas reguladoras. Sería, además, un órgano exclusivo del supuesto en que la persona jurídica fuera designada administradora en una sociedad de capital. Sin embargo, su tratamiento como órgano no se extrae de la norma societaria y, en este contexto, debe valorarse lo acertado de esta calificación.

Por un lado, el instituto analizado concuerda con la representación orgánica, en el sentido de que el contenido de la relación jurídica viene determinado por la norma, pero corresponde a la persona jurídica la selección de la concreta persona física que ejercita el cargo⁵⁵³. Además, se trata de una figura de carácter necesario, pues toda entidad que acceda a una vocalía del órgano de administración está obligada a formalizar el nombramiento exigido por la

⁵⁵² En la doctrina, su posición frente a la sociedad se ha calificado como *orgánica derivada* en ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., p. 733. También, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 349. Esta caracterización aparece en la doctrina francesa y belga, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 19 y LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2.

⁵⁵³ Este rasgo diferencia la representación orgánica del régimen de la representación legal, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 156.

norma⁵⁵⁴. En favor de la calificación del representante como órgano pivota también la conveniencia de un sistema de imputación directa de lo actuado por la persona física sobre la esfera del auténtico titular. En puridad, éste es un efecto propio de la representación, por lo que nada aportaría la calificación como órgano. En cambio, de considerar al representante permanente como un órgano societario de la persona jurídica se elimina la intersubjetividad que introduce la figura. En otros términos, ello permitiría ignorar la existencia de una dualidad subjetiva en la vocalía orgánica, esto es, la presencia del ente y de una persona física, introduciendo la inoponibilidad a los terceros de los problemas relativos a la representación de la persona jurídica.

Sin embargo, a nuestro entender, la inoponibilidad no es inescindible de la concepción orgánica, sino que ello requeriría una previsión expresa, similar al artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital o, al menos, algún fundamento a la extensión de esta solución, propia de los administradores sociales, al representante⁵⁵⁵. En tal sentido, parece plausible que, al incorporar la figura del representante, el Derecho de sociedades de capital no quisiera matizar, en ningún caso, la regla de la inoponibilidad de las limitaciones al poder de representación de los administradores sociales *ex* artículo 234 LSC. Así, a partir de su comprensión como órgano, quedaría eliminado o, al menos, minimizado el riesgo de desvinculación de la persona jurídica por los actos de la persona física representante, en pro de la tutela del tráfico.

⁵⁵⁴ Ve elementos de la representación necesaria HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 342. En la teoría de la representación orgánica, ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 269. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “De la representación”, *RCDI*, 418-419 (1963), pp. 161-195., en concreto, pp. 169-171.

⁵⁵⁵ Ésta es la postura que acogemos *infra*, en este capítulo, III.4.1.2.

Por lo que respecta a los argumentos en contra de esta tesis, debe recordarse que la norma no prejuzga la naturaleza del poder de representación que se atribuye a la persona física. En tal medida, es posible que la vinculación de la persona jurídica por los actos de su representante no encuentre respuesta en el Derecho de sociedades, sino que deba buscarse en las normas que rijan la relación representativa. Así, la solución diferirá en función de la postura que se adopte en relación con la autonomía de la condición de representante. Como argumento de política legislativa, puede cuestionarse que el Derecho de sociedades constituya un órgano exclusivo de esta disciplina y paralelo a la organización ordinaria de la persona jurídica. Por último, cabe aducir un argumento relativo a la nomenclatura y es que, al referirse a él como representante, aleja su caracterización como órgano, aunque el *nomen iuris* no debería constituir un elemento definitivo⁵⁵⁶.

III. CARACTERIZACIÓN

Sobre las bases sentadas en torno a la naturaleza de la institución analizada y a partir de los datos que ofrecen los artículos 212.1 y 212 *bis* LSC y 143 RRM, procede indagar en la caracterización del representante permanente. Se trata de extraer los elementos que componen su estatuto jurídico, a partir de los cuales se desarrollará su estatuto jurídico-societario. Algunos de ellos se explicitan en los referidos preceptos, a saber, su condición de persona natural, su carácter exclusivo o la nota de permanencia en el cargo (art. 212 *bis* LSC), pero es necesario fijar el concreto alcance de cada uno de estos rasgos configuradores. Otros, en cambio, se encuentran sólo de forma implícita en la

⁵⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “La representación”, cit., p. 774. SOTO NIETO, F., “Aspectos fundamentales de la representación”, cit., p. 555.

norma o son el resultado de la interpretación que la doctrina registral ha hecho de su régimen jurídico-positivo.

Las notas esenciales que componen el régimen del representante permanente resultan aplicables siempre que concurre el supuesto de hecho, con independencia de las particularidades de la persona jurídica administrador. En este sentido, la naturaleza del ente gestor, incluso si se trata de un ente jurídico-público, no matiza los caracteres que a continuación se detallan⁵⁵⁷.

1. Persona natural

El cargo de representante debe recaer, necesariamente, sobre una persona física (art. 212 *bis* LSC y 143 RRM). Nótese que, entre los modelos comparados, sólo en la regulación española y en el artículo 47.1 RESE se hace mención expresa a la exigencia de que el representante sea una persona natural, extremo que omiten los artículos L.225-20 *Ccomm* y 61.2 *Cds*, respectivamente. La omisión ha sido tradicionalmente integrada acudiendo a la propia teleología de la norma, de forma que en ninguno de estos dos ordenamientos, el silencio ha permitido fundar dudas con respecto a esta cualidad⁵⁵⁸. La condición de persona física del representante permanente es uno de los elementos fundamentales del modelo normativo de nuestro país. Con ella se canaliza la actuación del ente administrador a través de una única persona física, minimizando los problemas de imputación de la gestión social a la persona jurídica, así como los relativos a la identificación de los

⁵⁵⁷ RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864].

⁵⁵⁸ En Francia, LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224. En Bélgica, CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 329. LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2.

responsables de la gestión, derivados de la naturaleza colectiva del titular del cargo⁵⁵⁹.

Asimismo, mediante esta exigencia se trata de vincular a una sola persona al ejercicio y responsabilidades anudadas al cargo. Con ello se limitan las consecuencias de que, por ejemplo, el ente encomiende el desempeño del cargo a otro ente y así sucesivamente, limitando la creación de estructurales espirales o en cascada que diluyan la responsabilidad⁵⁶⁰. En puridad, esta exigencia no bloquea la creación de la estructura opaca, pero permite retener la responsabilidad de, al menos, una persona física. Por otro lado, la necesaria actuación por medio de un único sujeto en la gestión y representación de una sociedad de capital no es más que la concreción de un postulado general de la teoría de la persona jurídica, a saber, que éstas deben actuar por medio de aquellas personas físicas que integran su esfera jurídica y cuyos actos se les imputan directamente⁵⁶¹. La innovación de la norma societaria no radica tanto en exigir la intervención de una persona física en representación de un ente, sino en restringir la actuación del ente a un solo sujeto, cuya identidad constará en el Registro Mercantil.

⁵⁵⁹ BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 62.

⁵⁶⁰ En sentido similar, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 180. En la doctrina belga, la cuestión de las estructuras en espiral se ha planteado ante el silencio de la norma sobre la necesidad de que el representante sea una persona física, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 163, pronunciándose en contra por la falta de transparencia que generan estos esquemas.

⁵⁶¹ Como presupuesto en la doctrina general sobre la persona jurídica, DE COSSÍO CORRAL, A. “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *ADC*, 7-3 (1954), pp. 623-654, p. 775, en concreto, pp. 650-651. DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991, p. 272. CAPILLA RONCERO, F. S., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 97-100. En la teoría general de la representación orgánica, ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 270.

2. Carácter necesario

Su régimen jurídico-positivo indica que se trata de una figura de *carácter necesario* en el supuesto de que una de las vocalías del órgano de administración recaiga sobre una persona jurídica. Al ser nombrada administrador, la persona jurídica debe proceder a la designación de su representante, por imposición expresa de los artículos 212 *bis* 1 LSC y 143.1 RRM. Con respecto a la previsión legal, la norma contenida en el artículo 212 *bis* 1 LSC debe ser calificada como imperativa. Por lo tanto, la autonomía contractual o estatutaria no puede derogar o modificar el requisito de designar a un representante⁵⁶². Por otro lado, la nota de necesidad aparece íntimamente ligada al acto de designación por el que se formaliza la atribución del cargo. La designación resulta imprescindible, de forma que una persona física no podría ejercer válidamente las funciones propias del cargo en su ausencia⁵⁶³. De ello se desprende que ni siquiera si la representación de la persona jurídica administrador se concentrara en una sola persona (piénsese, por ejemplo, en que la sociedad administradora tenga un administrador único y no haya conferido apoderamientos voluntarios a ninguna otra persona) sería este sujeto

⁵⁶² HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., pp. 312-313. ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205. DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, cit., p. 349.

⁵⁶³ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 17.

investido automáticamente de la condición representante, resultando necesario el acto de designación⁵⁶⁴.

3. Carácter exclusivo

La persona jurídica debe y, al mismo tiempo, está facultada para designar a una única persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 212 *bis* LSC). El cargo de representante es unipersonal y posee carácter exclusivo, lo que supone que sólo la persona cuya identidad conste en el Registro Mercantil *ex* artículo 143.1 RRM se encuentra facultada para actuar en nombre del ente administrador ante la sociedad administrada, así como en aquellas relaciones jurídicas *ad extra*, en las que el ente intervenga en su condición de titular orgánico.

Si bien esta nota se recoge hoy con claridad en el artículo 212 *bis* LSC, la cuestión planteó algunas dudas bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que fueron resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 11 de marzo de 1991⁵⁶⁵. En este caso, la sociedad administrada presentaba a la inscripción registral la certificación de un acuerdo de su Junta general, por el que se nombraba administrador a una sociedad holandesa y a tres personas físicas como

⁵⁶⁴ Debemos rechazar el planteamiento de RODRÍGUEZ GARCÍA, A., “La designación de la persona física representante de la persona jurídica administradora de una sociedad: interpretación del art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 161 (1994), pp. 1131-1135, en particular, p. 1333, donde se propone un tratamiento *ex casu* de la cuestión, que dependería del número y forma de administrar la sociedad, planteamiento que no concuerda con el modelo normativo ni con el tenor literal del artículo 143.1 RRM.

⁵⁶⁵ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534].

representantes en régimen de actuación solidaria⁵⁶⁶. El centro directivo acogió entonces una interpretación literal del artículo 143.1 RRM, que utiliza el singular al referirse a la persona física representante⁵⁶⁷. Además, el modelo regulatorio propio del Derecho español tiene su origen en la norma francesa, donde el cargo de representante se configura también como unipersonal⁵⁶⁸.

Junto al argumento literal, el centro directivo consideraba que, a nivel operativo, la estabilidad necesaria en el desarrollo de las funciones aconsejaba designar a un solo representante. En realidad, las facilidades operativas de las que se extraía la vocación de unipersonalidad se referirán a la sociedad administrada y a las relaciones con los terceros, pero no al ente administrador. En efecto, la persona jurídica podría hallar mayores facilidades prácticas en la posibilidad de hacerse representar por más de una persona, por ejemplo, en caso de que uno de los representantes no pudiera asistir puntualmente a las sesiones del órgano o si así lo aconsejara la estructura de propiedad del propio ente gestor⁵⁶⁹. Como consecuencia de ello, el régimen basado en un representante único y exclusivo limita el alcance de algunas de las ventajas operativas asociadas a la figura. Así, por ejemplo, no cabría designar a una

⁵⁶⁶ El registrador había denegado la inscripción ante las dudas que le suscitaba esta forma de actuación de los representantes personas naturales, pero no parecía oponerse a la designación de varias personas para el cargo

⁵⁶⁷ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, cit., pp. 207-208. Una postura intermedia, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 166. Crítico con la interpretación literal, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., pp. 874-875, pues considera que el singular se emplea habitualmente en sede de contrato. El autor rechaza también el recurso al Derecho comparado, argumento que, a nuestro entender, es capital, pues el modelo normativo es trasplantado del ejemplo francés. También en la doctrina comparada el uso del singular es determinante, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 317.

⁵⁶⁸ ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205.

⁵⁶⁹ En sentido similar, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., pp. 875-876.

persona especialmente competente para asuntos específicos según las materias objeto de las reuniones⁵⁷⁰. En la actualidad, el argumento anterior debe desecharse teniendo en cuenta que el principio de responsabilidad personal (art. 228.d) LSC) indicaría que el sujeto designado debe reunir la competencia técnica necesaria para desempeñar las funciones que le correspondan.

Como opción de política jurídica, la exigencia de que el representante sea único es sólo una de las alternativas regulatorias, generalizada, por otra parte, en el Derecho de sociedades de capital. En contraste, en sede de agrupación europea de interés económico, el Reglamento (CEE) n. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico, faculta a los Estados miembros a contemplar que también las personas jurídicas puedan ser administradoras, siempre que designen a uno o varios representantes personas físicas (art. 19.2 RAEI)⁵⁷¹. La pluralidad de representantes también resulta admisible en sede de fundación, en el supuesto de que el patrono sea una persona jurídica (art. 15.2.II LF). En cambio, la opción por un único representante tiene por finalidad restringir el elenco de sujetos facultados para manifestar la voluntad del ente gestor, tanto ante la administrada, como en las relaciones externas⁵⁷². De este modo, el criterio del ente administrador sólo puede expresarse a través de una concreta persona, cuya identidad constará en el Registro Mercantil. Con ello, las eventuales divergencias de criterio en el seno de la persona jurídica se resolverán de acuerdo con su propia operativa y se dará traslado de su voluntad al

⁵⁷⁰ DALSACE, A., “L’administration et la direction des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales”, *RTDC*, 18 (1965), pp. 2-22, en particular, p. 17.

⁵⁷¹ MASSAGUER FUENTES, J., *La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)*, Valencia, IMPIVA, 1989, p. 65.

⁵⁷² EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 139.

representante, quien, a su vez las ejecutará o transmitirá al órgano de la administrada, según los casos⁵⁷³.

Por otro lado, el carácter exclusivo de la representación que corresponde a la persona física se refiere sólo a aquellos actos en los que el ente interviene en su condición de administrador de una sociedad de capital, sin que por lo demás se altere el sistema de representación aplicable a cada concreta persona jurídica. En efecto, la obligatoriedad del representante permanente tampoco afecta a la organización interna del desempeño del cargo, en el sentido de que cada persona jurídica administrador, en su esfera interna, puede dedicar los recursos humanos y materiales que considere para organizar la gestión del cargo. En otros términos, la necesidad de actuar a través del representante persona física es exclusivamente *ad extra*. En definitiva, el carácter exclusivo fija un régimen que excluye la pluralidad simultánea. En cada momento, sólo una persona física ostentará el cargo y su identidad constará en el Registro Mercantil. Ello no impide que, a lo largo de su mandato, la persona jurídica se haga representar por diferentes personas físicas a quienes nombre y cese de forma sucesiva, lo que entronca con la nota de permanencia⁵⁷⁴.

4. Compatibilidad con el régimen ordinario de representación de la persona jurídica

⁵⁷³ SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”, cit., Mg. 31 y nota 34. VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, cit., p. 121. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., p. 16.

⁵⁷⁴ En sentido similar, VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, cit., Mg. 121. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 15.

La representación de las personas jurídicas en el ejercicio del cargo de administrador a través de una persona física coexiste con el régimen ordinario o general de representación de las personas jurídicas o, si se prefiere, con su actuación a través de sus órganos y representantes voluntarios. La actuación por medio de un solo representante se refiere a las relaciones jurídicas que incumben al Derecho societario, a saber, aquéllas que se entablen entre la sociedad y la persona jurídica administrador, así como las que se establezcan entre los terceros y la sociedad a través de su órgano de administración, del que forma parte la persona jurídica. En la vertiente externa de tales relaciones no resultará aplicable el régimen ordinario de actuación de la persona jurídica, en tanto el concreto acto sólo podrá ser suscrito por el designado *ex artículo 212 bis LSC*⁵⁷⁵.

En cambio, el régimen societario no afecta a las demás relaciones jurídicas del ente administrador, aquéllas que éste entable en la consecución de su objeto social o en el desempeño de la actividad que le sea propia. En ellas, queda a salvo el régimen de representación propio de cada persona jurídica de acuerdo con su normativa reguladora. En su propia organización, cada persona jurídica designará a sus representantes orgánicos o voluntarios según sus normas de funcionamiento. Es cierto que, en ocasiones, la delimitación de los actos jurídicos que el ente lleva a cabo en su propio nombre y aquellos otros en los que actúa como administrador puede plantear problemas. Así será, especialmente, en los casos en que el representante permanente sea, además, titular orgánico de la persona jurídica u ostente en ella otro cargo análogo. Por tal razón, la actuación en su condición de administrador debe ir, en primer lugar, suscrita por el representante permanente –preferentemente, indicando

⁵⁷⁵ ARANGUREN URRIZA, F.J., “Los órganos de la sociedad de capital. Parte segunda: el administrador. El consejo de administración”, cit., p. 446.

esta condición- y expresará la circunstancia de que el ente interviene como administrador de la sociedad. Pero, además, en el modelo español, la doctrina registral se ha preocupado por integrar al representante en el régimen de representación o actuación de la persona jurídica, permitiendo que el designado ampare el ejercicio del cargo en un poder de representación previamente conferido, por la ley o por mor de apoderamientos voluntarios⁵⁷⁶. Por otro lado, se plantea el riesgo de que el designado se extralimite en el empleo del poder de representación, concluyendo negocios jurídicos en nombre del principal, ajenos al ejercicio del cargo.

El modelo basado en un solo representante permanente introduce una excepción al ámbito de aplicación de la ley nacional como *lex societatis*. En efecto, la representación del ente en el ejercicio del cargo de administrador no se regirá por las reglas que establezca la *lex societatis* de la persona jurídica administradora, sino que el régimen jurídico de la administrada impondrá el requisito de la actuación a través de una sola persona. De este modo, es posible que una persona jurídica, cuya *lex societatis* desconozca el régimen de actuación por un solo representante permanente, sea nombrada administradora de una sociedad cuyo Derecho aplicable imponga tal designación (piénsese en que una GmbH alemana sea nombrada administrador de una *société anonyme* francesa o una sociedad anónima española). Aun así, el apoderamiento de la persona física, así como el acto de designación se regirán por la norma aplicable al ente⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534] y RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

⁵⁷⁷ Siguiendo la regla general, pues las cuestiones relativas a la representación forman parte del ámbito de la *lex societatis*. Así, CALVO CARAVACA, A.-F., “Artículo 38 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 103-115, en concreto, p. 104.

En atención a lo anterior, debe admitirse que la designación obligatoria de una sola persona física constituye una limitación a la representación del ente administrador. En la medida en que será habitual que el instituto estudiado se manifieste entre sociedades de capital, procede valorar su compatibilidad con la Primera Directiva de sociedades, 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. En concreto, su artículo 10.2 establece la inoponibilidad a los terceros de las limitaciones internas al poder de representación de los administradores sociales. En tal sentido, cabe plantear si la actuación por un solo representante constituye una limitación interna a efectos del mencionado precepto. Para ello, se propone abordar el análisis desde dos perspectivas. En primer lugar, se analiza la compatibilidad del régimen con la Primera Directiva, en el supuesto de que la persona jurídica administradora sea una sociedad de capital. A continuación, se indaga en la constelación que sirve de hipótesis al estudio, en la que la administrada sea una sociedad capitalista.

4.1. Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que el administrador sea una sociedad de capital

En el supuesto de que la entidad administradora fuera una sociedad de capital, la actuación de sus administradores se sometería al artículo 234.1.II LSC, según el cual, las limitaciones a las facultades representativas de los gestores resultarán inoponibles frente a terceros. A la vista de esta norma, se trata de determinar si el artículo 212 *bis* 1 LSC es compatible con la previsión

anterior y, por consiguiente, con la Primera Directiva de Sociedades. Por imposición del Derecho europeo, la sociedad no puede limitar el poder de representación de sus administradores con eficacia externa. Sin embargo, la Ley de Sociedades de Capital impone una limitación al ámbito de representación de los gestores de la persona jurídica, pues, en el ejercicio de las funciones como titular orgánico de una sociedad de capital, quedarán privados de actuar. En tales casos, sólo la persona física específicamente designada estará facultada para vincular al ente, de modo que las tareas de gestión y representación en la sociedad administrada se excluyen del ámbito de poder de representación de sus administradores.

A pesar lo anterior, la exigencia del artículo 212 *bis* 1 LSC no debe considerarse como una limitación interna a los efectos de artículo 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 terceros⁵⁷⁸. Además, la restricción se

⁵⁷⁸ Así, ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 234. Ámbito del poder de representación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1682-1688, en concreto, p. 1683. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 129. Ámbito de la representación”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1460-1467, en concreto, p. 1462. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 165. ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S. A: Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias: Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994”, *RCDI*, 633 (1996), pp. 463-504, en concreto, p. 486. En la doctrina patria, encontramos referencias generales a este problema en ARANGUREN URRIZA, F.J., “Los órganos de la sociedad de capital. Parte segunda: el administrador. El consejo de administración”, cit., p. 446, considerando que se trata de una limitación en sede societaria que no condiciona el régimen de representación de la persona jurídica. Por su parte en ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 307, se señala

circunscribe a un supuesto de hecho específico, sin afectar, por lo demás, al régimen de actuación de la persona jurídica. Tampoco debe entenderse que se trata de una restricción de orden interno, a los efectos de los artículos 10.2 de la Primera Directiva o 234.1.II LSC, por el mero hecho de que la restricción al ámbito de poder de sus administradores sea voluntaria para el ente, en la medida en que podría rechazar el mandato. Si bien la asunción del cargo depende de una decisión interna del ente, no lo es la actuación por medio de un solo representante permanente, cuyo régimen es imperativo. Asimismo, el propio legislador europeo ha positivizado el régimen del representante permanente en los artículos 47.1 RESE o 19 RAEIE. La tesis contraria indicaría la existencia de una contradicción entre dos instrumentos de Derecho derivado.

4.2. Compatibilidad con la Primera Directiva en el supuesto de que la administrada sea una sociedad de capital

En la sociedad de capital administrada, las limitaciones a las facultades representativas de sus administradores también se someten a lo dispuesto en el artículo 234 LSC, resultado de la transposición de la Primera Directiva. En este caso, la sociedad contará con un administrador persona jurídica que actuará por medio de una persona física designada a tal efecto. En la relación entre el ente administrador y su representante pueden aparecer vicios derivados de la extralimitación de la persona física o causados como consecuencia de la extinción del poder. Tales vicisitudes afectarán a la actuación de la persona jurídica y, por ende, a la sociedad administrada. De este modo, cabe imaginar

que el poder de representación de una sociedad de capital no incluiría el de representar a la sociedad como administradora de otra.

En la doctrina belga, se mantiene que el régimen del representante permanente es una limitación legal compatible con la Primera Directiva, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 3.

que un compromiso adquirido por la sociedad se vea afectado por la ausencia de poder de representación del representante permanente de un administrador persona jurídica. Por tanto, se trata ahora de determinar el tratamiento que merecen las vicisitudes que afecten a la relación interna desde la perspectiva del artículo 234 LSC.

Por un lado, cabría entender que tales vicios merecen la calificación de limitaciones internas al poder de representación del administrador persona jurídica y, por consiguiente, resultarían inoponibles frente a terceros de buena fe. Esta tesis consistiría en la aplicación del artículo 234 LSC al poder de representación del que es beneficiaria la persona física representante. Resultaría discutible si este resultado interpretativo puede derivarse de la asimilación contenida en el artículo 236.5 LSC o, en cambio, requiere una extensión analógica de la solución prevista para los administradores. En todo caso, esta propuesta es coherente con el sistema de tutela del tráfico instaurado por la Primera Directiva. Además, existiría identidad de fundamento para extender la solución al representante, pues los terceros desconocen las vicisitudes de la relación interna entre éste y su mandante⁵⁷⁹. La finalidad de la norma quedaría frustrada si los terceros de buena fe se vieran desprotegidos frente a los vicios en la representación de un administrador persona jurídica.

Con todo, lo cierto es que los consabidos vicios no afectan, en sentido estricto, al poder de representación de un titular orgánico, sino a una relación representativa concluida en una esfera ajena a la propia de la sociedad administrada. Así, el sujeto cuyo poder se ve limitado no es propiamente un

⁵⁷⁹ Señala éste como el fundamento de la norma tuitiva, ESTEBAN VELASCO, G., "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", AA.VV., *La reforma del derecho español de sociedades de capital: (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 389-450, en particular, p. 442.

administrador, sino una figura asimilada. Además, la limitación a su poder de representación no trae causa de la intervención de la sociedad (de una decisión de sus órganos o de sus estatutos), sino que se verifica en el seno de la persona jurídica administrador. Por otra parte, frente a este razonamiento podría oponerse que la prohibición de limitar el poder de representación de los administradores no rige para otros apoderados de la sociedad⁵⁸⁰. Sin embargo, el principio de asimilación de este sujeto a los administradores sociales, expresamente recogido en el artículo 236.5 LSC, permite desechar el argumento. En el mismo sentido, las limitaciones al poder de representación se admiten en relación con asuntos o materias concretas, pero no pueden referirse a la totalidad de tareas que competen al órgano de administración⁵⁸¹.

A la vista de los argumentos expuestos, nos parece que cabe alcanzar una conclusión que equilibre ambas posturas. Para ello, debe recordarse que el representante es parte en un negocio de contenido típico, por el que se le atribuyen las funciones propias del administrador social. Además, para ejercitar el cargo debe ostentar el poder de representación del auténtico titular, la persona jurídica. Formalizada la designación del representante y asumiendo que se encuentre debidamente apoderado, éste goza de idénticas facultades que cualquier administrador de la compañía en cuestión. De ello resulta que, al actuar, un representante debidamente designado vincula a la sociedad administrada por mor del artículo 234 LSC. Es por ello que la extralimitación de un representante no puede referirse a la insuficiencia del poder que se le haya otorgado para ejercitar el cargo, pues la persona jurídica se responsabiliza

⁵⁸⁰ Manejado en la doctrina alemana por FLEISCHER, H., “§82 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1118-1128, en concreto, p. 1119.

⁵⁸¹ POLO DÍEZ, E., “Ámbito del poder de representación de los administradores de S.A. y S.R.L. en el proyecto de Ley de reforma”, *RJC*, 87-4 (1988), pp. 847-876, en concreto, p. 861.

de su apoderamiento y designación. Es más, es probable que no se verifique el supuesto de que el representante concluya operaciones fuera del ámbito del poder de representación otorgado, pues cabe imaginar que tales negocios no serán suscritos en nombre del principal, sino por la persona física en nombre propio o a través de persona interpuesta (piénsese, en la infracción de la prohibición de competencia, el aprovechamiento de oportunidades de negocio o la obtención de ventajas de terceros). En su caso, los vicios en la relación representativa se deberán, bien a que la persona física se haya apartado de las directrices de su mandante, bien a que el poder se haya extinguido por cualquier causa. La primera constelación debe ser analizada en detalle, pues se ve enormemente condicionada por las particularidades de la naturaleza de la figura⁵⁸². Por lo que respecta al cese del representante, la designación de su sustituto, como la obligación de adoptar las disposiciones adecuadas para que acceda al Registro Mercantil, competen al ente administrador. Por consiguiente, no es posible que un ente gestor aduzca la falta de vinculación derivada de la actuación de un representante inscrito en el Registro Mercantil en tanto no haya adoptado las medidas oportunas para modificar la publicidad registral.

Como conclusión provisional, cabe afirmar que, en principio, las vicisitudes de la relación interna resultan inoponibles frente a terceros de buena fe, pues deben considerarse limitaciones admisibles a efectos de los artículos 10.2 de la Primera Directiva y 234.1.II LSC. En este punto, el solapamiento de las estructuras orgánicas del ente administrador y la sociedad administrada tiene su máxima concreción. Sin embargo, este resultado debe ser contrastado con el tratamiento de las instrucciones emitidas por el administrador persona jurídica, así como con el régimen fiduciario del ente y su representante.

⁵⁸² Al respecto, véase *infra* en este capítulo, 8.2.4.B

5. Carácter permanente

El cargo de representante atribuye a la persona física el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador, de acuerdo con el artículo 212 *bis* 1 LSC. Éste parece tomar la expresión de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aunque, a su vez, el término procede del artículo L.225-20 del *Code de commerce*, también incorporado al artículo 61.2 del *Code des sociétés*. Para explicar la nota de permanencia debe acudir al origen de la figura estudiada en la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*. El legislador francés buscaba impedir la sustitución constante de la persona que acudía a las reuniones del órgano en nombre del ente administrador, evitando los problemas asociados a esta práctica⁵⁸³. A tal efecto, consideró que podría alcanzarse la deseada estabilidad en el cargo calificando al representante como uno de carácter permanente. Para reforzar este efecto, se estableció que el mandato se otorgaba al representante por el tiempo que durase el cargo del administrador persona jurídica, disposición que hoy se encuentra en la sección reglamentaria del *Code de commerce* (art. R.225-16.I *Ccomm*). Esta previsión se comprende a partir de la calificación de esta figura como un mandatario, pero no se reproduce en el caso español. En la Ley de Sociedades de Capital, la nota de permanencia se emplea en el artículo 249.1 LSC como

⁵⁸³ HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., *La réforme des sociétés commerciales*, cit., p. 71. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 9.

rasgo configurador de la delegación de facultades. El significado que la doctrina atribuye a este término concuerda con la teleología del régimen del representante: la necesaria estabilidad en el ejercicio de las tareas⁵⁸⁴.

Sentado su origen, resta analizar el fundamento e implicaciones asociadas a la caracterización del representante como permanente. La permanencia en el cargo se asocia con la vocación de estabilidad en el ejercicio de las funciones. De este modo, la marcha de las tareas en el órgano y de la propia empresa social se vería lastrada si uno de sus integrantes fuera sustituido con frecuencia. Por ello, la nota de permanencia aspira a minimizar el efecto disruptivo que podrían generar los cambios constantes de representantes⁵⁸⁵. Además, al conjugarse con el carácter exclusivo, esta nota impide que la persona física representante sea sustituida en el ejercicio del cargo por otro representante voluntario u orgánico del ente. Ello requerirá el previo cese del representante inicialmente designado y el posterior nombramiento e inscripción registral de su sustituto. Por su parte, la sustitución del representante en las reuniones del órgano administrativo de la sociedad se rige por las disposiciones relativas a la propia de los administradores personas físicas⁵⁸⁶.

La designación del representante compete al administrador persona jurídica, quien puede cesar y sustituir a su mandatario (art. 212 *bis* 2 LSC). Esta prerrogativa no queda excluida por la nota de estabilidad, bastando que se respeten las formalidades necesarias para que la nueva designación resulte inscribible y se sigan los trámites para modificar el contenido de la inscripción registral. Sin embargo, el cambio discrecional de representante diluiría la responsabilidad derivada del cargo, al dificultar la imputación de los concretos

⁵⁸⁴ IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., p. 158 y nota 37.

⁵⁸⁵ En el mismo sentido, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 10. VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cit., p. 636.

⁵⁸⁶ En detalle, véase *infra* en este capítulo 8.2.4.D y Capítulo VI, XII.4.

actos al sujeto que, en cada momento, ocupara la vocalía. Por consiguiente, el carácter permanente debe entenderse como un parámetro que condiciona el ejercicio de un deber específico por parte del administrador persona jurídica, el de designar y, en todo caso, actuar a través de una única persona física⁵⁸⁷. De ello podría extraerse que la sustitución del representante debe ser justificada, tempestiva y no discrecional.

El cambio de representante puede justificarse por múltiples razones, a saber, deberse a la quiebra de la relación fiduciaria interna, pero también a vicisitudes personales (incapacidad, enfermedad o circunstancias que dificulten el ejercicio de las tareas), así como a causas operativas en la administradora. Piénsese, por ejemplo, que la persona jurídica prefiera que el sujeto se dedique exclusivamente a tareas en el ente, poniendo fin a sus servicios en la sociedad administrada. También conviene fijarse en la oportunidad en cuanto al tiempo de la sustitución. Ésta puede resultar intempestiva si la sociedad administrada se encuentra inmersa en negociaciones u operaciones de reestructuración, ante una oferta pública de adquisición, en la proximidad de la insolvencia o en otras circunstancias que aconsejen estabilidad en el órgano. En la misma línea, el ente administrador no puede utilizar la facultad de forma indiscriminada, sobre todo, si las sustituciones tienen como efecto empañar la determinación del concreto sujeto que, en cada momento, ocupaba el cargo (piénsese en los momentos de desfase entre el cese y la inscripción de la nueva designación).

Es la sociedad administrada quien debe valorar si la sustitución del representante reúne los requisitos indicados. Aunque carece de la potestad de designar o cesar al representante, puede preconstituir determinados elementos de presión sobre el ente administrador. Por ahora, baste apuntar que si, a criterio

⁵⁸⁷ En la doctrina francesa, planteaba cierta fricción entre el carácter permanente y la revocabilidad *ad nutum*, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 102.

de la sociedad, la persona jurídica sustituye a su representante de forma injustificada, intempestiva o discrecional, concurriría justa causa para el cese del administrador.

6. Carácter sustantivo y no exclusivamente registral

A partir de la Ley 25/2011, el representante del administrador persona jurídica es una institución de orden sustantivo y no exclusivamente registral. En origen, su designación se preveía exclusivamente en el artículo 143 RRM, condicionando la inscripción del nombramiento del ente administrador en el Registro Mercantil a la constancia de la identidad de la persona física que ejercería las funciones propias del cargo. Al elevarla a rango legal, en la elección de los términos legales puede apreciarse un salto cualitativo en el desarrollo de la institución, que aparece definitivamente desvinculada de la inscripción registral. En efecto, a diferencia del artículo 143.1 RRM, el artículo 212 *bis* 1 LSC no relaciona la designación del representante con la inscripción del nombramiento de la persona jurídica en el Registro Mercantil. En cambio, ofrece un tratamiento independiente del representante permanente, cuyo nombramiento es requisito consiguiente al del ente administrador. El mantenimiento de la duplicidad de normas, legal y registral, puede explicarse por el diferente alcance de los dos preceptos que en nuestro ordenamiento imponen la designación de personas físicas. Así, el artículo 212 *bis* 1 LSC posee un contenido y función materiales, de modo que su contravención supondría el incumplimiento de un deber legal específico por parte del administrador persona jurídica. En cambio, el artículo 143.1 RRM cumple una función formal, impedir el acceso al Registro Mercantil de las designaciones

de personas jurídicas como administradores si éstas no se acompañan de la identidad de la persona física.

7. Carácter asimilado a los administradores sociales (ex artículo 236.5 LSC)

El representante del administrador persona jurídica es una figura asimilada a los administradores sociales en un triple sentido, funcional, de aptitud y en materia de deberes y responsabilidad. Así lo expresa el artículo 236.5 LSC con una dicción diferente a la propia de los artículos 61.2 del *Code des sociétés* y 225-20 del *Code de commerce*. En los modelos comparados, el legislador ha procurado una asimilación completa⁵⁸⁸. Siguiendo el ejemplo francés, la Ley de Sociedades de Capital ha operado esta equiparación de forma progresiva, introduciendo modificaciones normativas en varias fases, desde la aprobación del Reglamento del Registro Mercantil de 1989 hasta la Ley 31/2014. En primer lugar, la norma societaria contiene una asimilación funcional, pues, de acuerdo con el artículo 212 *bis* 1 LSC le corresponde el desempeño de las funciones propias del cargo de administrador. Esta cláusula, originaria del artículo 143.1 RRM, habilita al representante a actuar en los mismos términos que si él mismo fuera un titular orgánico. El ejercicio de las funciones propias del cargo se identifica con las tareas, atribuciones o prerrogativas que integran el vínculo orgánico-contractual.

En segundo lugar, el representante queda sometido a idénticos requisitos de acceso al cargo que los demás administradores sociales en el artículo 236.5 LSC. Por último, el mismo precepto ha culminado la equiparación del

⁵⁸⁸ DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, cit., p. 350. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 222.

representante del administrador persona jurídica con los demás titulares orgánicos, imponiéndole de forma expresa los deberes propios de los vocales y sujetándolo a responsabilidad *con* la persona jurídica administrador.

8. Carácter autónomo

La autonomía del cargo de representante del administrador persona jurídica se refiere a la vinculación entre esta condición y otros negocios jurídicos que existan o puedan concluirse entre la persona física y el ente administrador. Esta nota posee, a su vez, una doble manifestación. El carácter autónomo del cargo, en sentido estricto, supone que el Derecho de sociedades de capital no exige la concurrencia de otro vínculo entre la persona jurídica y la persona física designada. Pero la nota de autonomía debe ser también analizada a partir de la distinción entre el poder de representación y el negocio jurídico subyacente. Una de las implicaciones de esta dualidad es el surgimiento de dos constelaciones, según si el representante ostentara el poder de representar a la persona jurídica por razón de otro vínculo preexistente. En tales casos, debe determinarse el grado de autonomía del negocio subyacente (el ejercicio de las funciones propias del cargo) con respecto al negocio acumulado.

8.1. Autonomía de la condición de representante

De acuerdo con los artículos 212 *bis* 1 LSC y 143 RRM, la atribución del cargo de representante permanente a una persona física no requiere ni presupone la previa existencia de otro vínculo entre ésta y la persona jurídica administrador. Y, a la vez, la norma no excluye tal posibilidad ni la declara incompatible con esta condición. Resulta, así, que el cargo de representante no

depende *ex lege* de otra relación jurídica entre la persona jurídica y la persona natural sobre la que recae su representación como administrador⁵⁸⁹. Por tanto, no es necesario que la persona física pertenezca a la esfera jurídica del ente⁵⁹⁰ y, en particular, no se requiere que ésta ocupe una posición orgánica en el ente administrador (v. gr., que se trate de su administrador o patrono)⁵⁹¹. Es por ello que el cargo de representante permanente puede calificarse como autónomo con respecto a otras relaciones jurídicas existentes entre ambos sujetos⁵⁹². Este rasgo es compartido con el modelo francés, pero difiere del singular planteamiento del *Code des sociétés* belga, cuyo artículo 61.2 exige la previa concurrencia de un vínculo jurídico entre la persona jurídica y su representante permanente. A tal fin, la norma enuncia un catálogo tasado de sujetos

⁵⁸⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1508. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63.

⁵⁹⁰ PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 99. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., pp. 51 y 55. Adviértase que esta orientación no parece unánime en la doctrina italiana, SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”, cit. Mg. 3. En la doctrina francesa, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205. RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit commercial*, cit., p. 866. GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 100. Similar, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme”, cit., Mg. 15.

⁵⁹¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La administración de la sociedad anónima”, *RJN*, (1992), pp. 51-153, en concreto, p. 95. ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 152. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 306. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., pp. 248-249. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 181.

⁵⁹² Es probable que el término “abstracto” resulte técnicamente más correcto para calificar este rasgo que la expresión “autonomía”. Sin embargo, se ha preferido el segundo término ante el riesgo de inducir a confusión con la abstracción del poder de representación con respecto al negocio subyacente, promovida por la doctrina general de la representación. Así, MONTÉS PENADÉS, V. L., “La representación”, cit., p. 353.

pertenecientes a la esfera jurídica de la persona moral (un socio, un delegado de la gestión diaria, un trabajador) entre quienes ésta debe escoger⁵⁹³.

La condición de representante permanente sitúa al sujeto en una delicada posición fiduciaria con respecto a la persona jurídica, por lo que es habitual que ésta recaiga sobre una persona física que, a su vez, se integre en la esfera del ente administrador (generalmente, uno de sus propios administradores, un apoderado general o un socio de control). Por ello, es probable que el representante permanente mantenga otro vínculo jurídico, de naturaleza mercantil o incluso laboral o administrativa, que preexista al propio de representante y, en ocasiones, sea ya titular del poder de representación por razón de tal vínculo.

En la doctrina registral, observamos el reconocimiento de la autonomía del cargo, tanto en sentido formal como material. Desde la perspectiva formal, la autonomía del cargo se manifiesta en la exigencia de un acto de designación de la persona física, que hemos denominado especificativo del poder y que revestirá formas distintas en función del origen del poder de representación⁵⁹⁴. Por ello, la designación resulta imprescindible incluso en el supuesto de que una sola persona física ostente el poder de representación de la persona jurídica. Por ejemplo, si ésta tuviera un solo representante orgánico y no hubiera otorgado apoderamientos voluntarios a terceros, el administrador único no quedaría automáticamente investido de la condición de representante permanente, sino que sería necesario formalizar la designación. Por lo que respecta a la autonomía en sentido material, la propia Dirección General ha

⁵⁹³ Véase *infra* Capítulo II, III.1.1.1.B.

⁵⁹⁴ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534] y RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

manifestado que cualquier persona física que reúna los demás requisitos necesarios puede ocupar el cargo⁵⁹⁵.

8.2. El problema de la autonomía del negocio jurídico subyacente

El poder de representación que faculta a una persona física a desempeñar las funciones propias del cargo de administrador puede hallar su causa en un negocio jurídico previo (v. gr., si el designado fuera administrador o apoderado general de la persona jurídica). Como consecuencia del nombramiento de ese sujeto como representante permanente, al primer negocio subyacente (la condición de administrador, de factor, apoderado o director general) se sumaría el previsto en el artículo 212 *bis* LSC, consistente en ejercitar cuantas tareas corresponden al administrador de una sociedad de capital. Con ello, la persona física quedaría legitimada para ejercitar tales funciones en virtud de un apoderamiento previo, con origen en aquel primer vínculo. De esta forma, un único poder de representación ofrecería cobertura a dos negocios jurídicos (negocios subyacentes). En este contexto es en el que se plantea el grado de autonomía que corresponde al negocio jurídico subyacente *ex* artículo 212 *bis* LSC en los supuestos en que el poder de representación en el que se ampare traiga causa de un negocio previo. Se trata de determinar si el cargo de representante queda subsumido en el vínculo preexistente que dio origen al poder de representación o conserva su independencia con respecto a éste.

El problema ahora analizado se circunscribe a un supuesto de hecho muy específico. Se trata, exclusivamente, de aquellos casos en los que, antes de la designación como representante permanente, la persona física se hallara vinculada al administrador persona jurídica por un negocio jurídico de

⁵⁹⁵ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534].

contenido representativo. La naturaleza representativa del negocio preexistente resulta fundamental y, por consiguiente, los razonamientos aquí formulados no serán aplicables a aquellos casos en los que entre la persona jurídica administrador y su representante permanente preexista un vínculo que no conlleve representación (piénsese, por ejemplo, en que se trate de un socio o de una persona vinculada por una relación laboral de carácter ordinario). En estos casos, en tanto en cuanto el designado no ostente poder de representación de la persona jurídica con carácter previo al nombramiento, su designación como representante requerirá el otorgamiento de poderes en su favor.

Sin embargo, esta constelación recoge los supuestos más frecuentes, ya que, habitualmente, la persona jurídica designará representante a un sujeto que no sólo pertenezca a su esfera jurídica, sino que tenga ya atribuidas las facultades necesarias (v. gr., uno de sus apoderados generales o titulares orgánicos). Esta opción, además, evitará un nuevo trámite notarial para formalizar el apoderamiento. Sin perjuicio de lo anterior, puede advertirse que, en supuestos patológicos en los que la designación de un administrador persona jurídica obedezca a fines fraudulentos, exista cierta tendencia a hacer recaer la condición de representante sobre personas que no ocupen posiciones orgánicas ni ostenten poder de representación de la persona jurídica (por ejemplo, un socio). Esta práctica permite el diferimiento de la responsabilidad, pues al evitar cargos de representación en la persona jurídica, se reducen los indicios para la imputación de responsabilidad al representante.

El problema de la autonomía del negocio subyacente ha ocupado a la doctrina científica patria que, a partir de presupuestos divergentes, ha ensayado soluciones hermenéuticas variadas. Es cierto, sin embargo, que los autores no plantean esta cuestión en términos de autonomía o independencia del negocio subyacente. Por lo general, prefieren referirse a la subsunción del cargo de

representante en el vínculo previo o, simplemente, a la determinación del régimen aplicable al representante o a la vertiente interna de la relación. Nos parece que la fijación de la normativa aplicable constituye el último paso en este razonamiento, pues requiere la previa delimitación del supuesto de hecho y de sus distintas manifestaciones. En pro de la claridad expositiva, se han clasificado las propuestas doctrinales en tres grupos, aunque, generalmente, los autores no se adhieren a una sola de estas fórmulas, sino que toman elementos de unas y otras en función del problema específico al que traten de dar respuesta. Conviene anticipar que ninguna de ellas se adapta al esquema propuesto en el estudio, basado en la previa distinción entre los dos planos de la representación y la clasificación de las hipótesis según la causa del poder de representación. Por este motivo, y con el fin de proponer una solución al problema de la autonomía, se repasan los tres grupos de soluciones doctrinales, para después proponer una tesis integradora de las mismas que, a nuestro entender, resulta coherente con los presupuestos sentados.

8.2.1. La tesis de la subsunción en el vínculo jurídico preexistente

Entre los autores españoles que han prestado atención a esta cuestión, predomina la tesis según la cual, las relaciones en la vía interna se regirán por las normas que ordenen la relación jurídica existente entre el ente administrador y su representante⁵⁹⁶. De acuerdo con esta propuesta interpretativa, el juego de la responsabilidad en vía interna se ventilará de acuerdo con las normas rectoras de aquella relación jurídica previa o acumulada⁵⁹⁷. Resulta, pues, que sus

⁵⁹⁶ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143.

⁵⁹⁷ Manejan esta tesis DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., pp. 2320 y 2326. IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 83. JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143 e *Ibidem*, “La persona

patrocinadores presuponen la existencia de otro vínculo jurídico preexistente o acumulado entre la persona física designada y la persona jurídica y, además, le otorgan relevancia a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable en vía interna. Desde esta perspectiva, el negocio subyacente *ex* artículo 212 *bis* LSC carecería de autonomía propia con respecto a otros vínculos jurídicos preexistentes, en los que quedaría subsumido, y a cuyas reglas se sometería la persona física frente al ente administrador.

Entre sus patrocinadores se observa cierta tendencia a proponer una interpretación extensiva de la doctrina de la DGRN, según la cual, si la condición de representante permanente se hace recaer sobre un titular orgánico de la persona jurídica, la designación deberá ser realizada por el órgano de representación externa de esta última⁵⁹⁸. Que el acto de designación se opere en el seno del órgano de representación y sobre uno de los representantes orgánicos lleva a concluir que la primera condición resulta inescindible de la segunda. Como consecuencia de lo anterior, en materia de responsabilidad del representante, quienes sustentan esta tesis afirman que la persona jurídica tendrá frente al representante las acciones que quepa dirigir contra sus propios administradores. El siguiente paso lleva a extender este planteamiento a los casos en que el representante sea un sujeto dependiente de la persona jurídica con quien ésta mantenga una relación laboral o funcional.

jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., pp. 869-870. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 254. También, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, pp. 392-393, quien remite la responsabilidad en vía interna al negocio jurídico acumulado. En ocasiones, se advierte cierta ambigüedad en el tratamiento de esta cuestión, pues se predica la responsabilidad en vía interna de acuerdo con las normas del negocio subyacente, pero, al tiempo, se declaran aplicables las normas generales de la representación, inescindibles de las propias del mandato en nuestro ordenamiento, como parámetro de conducta del representante. Esta tesis aparece en la doctrina italiana, PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 123, y francesa, LE CANNU, P., *Droit des sociétés*, cit., pp. 400-401.

⁵⁹⁸ RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

Aunque parcialmente asumible, esta tesis no resulta técnicamente precisa, pues desconoce la variedad de manifestaciones del supuesto de hecho. En efecto, ya se ha dejado sentado que la condición de representante permanente es autónoma, en el sentido de que la norma no presupone ni exige la concurrencia de otro vínculo entre la persona jurídica y el designado. Por esta razón, la subsunción de las funciones propias del cargo en el vínculo preexistente no puede propugnarse como solución general, en la medida en que éste no es imprescindible y, en tal sentido, la propuesta no brinda cobertura a todas las constelaciones posibles. La principal flaqueza de esta corriente se halla en utilizar como presupuesto la existencia de una relación jurídica preexistente o acumulada entre ambos sujetos. En otros términos, se descuida que la condición de representante permanente puede constituir el único vínculo jurídico entre éste y la persona jurídica.

Pero, además, sus patrocinadores generalmente omiten que el presupuesto necesario para la actuación de un sujeto como representante permanente es la existencia a su cargo del poder de representación. Por tal motivo, la tesis de la subsunción tampoco resulta aplicable a todos aquellos supuestos en los que exista un vínculo previo que no atribuya a la persona física poder de representación del ente administrador. En otros términos, no es posible vincular, sin más, el cargo de representante a otro negocio jurídico existente entre éste y la persona jurídica, en la medida en que el primero puede no otorgar al representante poder de representación.

Si se ignora el elemento del poder de representación, la tesis analizada arroja resultados incongruentes que impiden patrocinarla como solución general. En primer lugar, al afirmar que la relación, en la vía interna, se rige por las normas del negocio jurídico preexistente se incurre en el riesgo de predicar que la relación entre el representante y la persona jurídica se someterá a las

disposiciones aplicables a un vínculo de objeto radicalmente distinto y sin carácter representativo. Para demostrar este extremo baste plantear el supuesto de que el único vínculo preexistente entre el representante y la persona jurídica sea la condición de socio (titular de acciones, participaciones o cuotas) del primero con respecto a la segunda. Si, además, el administrador es una persona jurídica cuyos miembros ven su riesgo limitado al *quantum* de su aportación, el resultado de la aplicación de esta tesis es que la responsabilidad del representante en vía interna debe regirse por las normas que ordenen su responsabilidad como socio, por lo que ésta debe quedar limitada a su aportación al capital social. Similares dificultades se plantearían en el caso de que la persona física acumulara varios vínculos jurídicos con carácter previo a la formalización de su nombramiento como representante (si se tratara, por ejemplo, de un socio administrador de la persona jurídica o de un administrador que acumulara un vínculo laboral con el ente). De acoger la tesis analizada, nos hallaríamos ante la dificultad adicional de determinar en cuál de entre todos los vínculos jurídicos preexistentes quedaría subsumido el cargo de representante, a fin de conocer su régimen supletorio.

Así, es posible que el designado representante ocupe una especial posición de confianza en el seno de la persona jurídica, pero el elemento fiduciario no es suficiente para predicar la subsunción del segundo vínculo en el primero, es decir, la pérdida de autonomía del negocio subyacente *ex* artículo 212 *bis* 1 LSC. Cabe admitir que esta especial posición de confianza motive su designación y, en este sentido, exista cierta vinculación causal entre el apoderamiento y el negocio jurídico previo de naturaleza no representativa. Sin embargo, las diferencias de orden material o funcional (el contenido de la relación jurídica) impiden equiparar estos supuestos a aquéllos en los que la persona física ocupara un cargo representativo.

Este análisis pretende poner de manifiesto que la tesis de la subsunción es el resultado de cierto apriorismo jurídico, al extrapolar un criterio que, sin duda, proporciona cobertura a los supuestos más habituales en el tráfico en los que el representante ostenta poder de representación de la persona jurídica por razón de otros vínculos, pero que resulta difícilmente generalizable. Resulta lógico que si la condición de representante se hace recaer sobre un sujeto que ya ostenta facultades de gestión y representación de la persona jurídica en virtud de otro negocio jurídico previo, una alternativa interpretativa es que ese mismo negocio pueda incluir las funciones de representación de la entidad como miembro del órgano de administración de una sociedad. De hecho, así será si se trata de un apoderado general o de un administrador con poder de representación de una sociedad.

Que lo anterior sea cierto no debe conducir a propugnar la aplicación del caso particular como solución general, entendiéndose que cualquiera que sea el vínculo preexistente entre los sujetos, éste acogerá o integrará el de representante. Además, la existencia de un vínculo acumulado no excluye el requisito de la designación, acto necesario para concretar o especificar el poder de representación. En definitiva, la teoría de la subsunción del desempeño de las funciones propias del cargo en el vínculo anterior será válida, con carácter exclusivo, en aquellos supuestos en los que el representante ostente poder de representación de la persona jurídica por razón de un vínculo previo. A pesar de lo anterior, a nuestro entender, la subsunción no se produce de forma automática, sino que se subordina a la autonomía de la voluntad de las partes.

8.2.2. La tesis de la autonomía de la voluntad contractual

Menos generalizada en la doctrina se encuentra la opinión que aboga por reconocer espacio a la autonomía de la voluntad contractual para ordenar la condición de representante⁵⁹⁹. Aunque esta tesis ha tenido menor desarrollo, quienes la sustentan consideran que el régimen aplicable al representante permanente sería aquél que las partes libremente establecieran. De este modo, la condición de representante podría ser configurada de mutuo acuerdo por el ente y la persona física, con independencia de la existencia de otros vínculos jurídicos preexistentes, aun incluso si entre ellos existiera una relación previa de la que procede el poder de representación.

A pesar de la corrección de esta tesis, no puede ignorarse, por un lado, que la atribución del cargo requiere de poder de representación en favor del sujeto designado y, de otro, que los caracteres que la norma societaria impone al representante permanente resultan indisponibles para las partes. Por este motivo, la autonomía de configuración del negocio jurídico se verá limitada por las disposiciones que ordenen la representación (entre nosotros, generalmente, las reglas aplicables al contrato de mandato), así como los límites impuestos por la Ley de Sociedades de Capital. Con todo, existe cierto margen para la modulación de la relación jurídica, que resultará útil para concretar aquellos aspectos del régimen del representante permanente sobre los que la norma societaria guardia silencio. Así, por ejemplo, cabría especificar el régimen de instrucciones del ente al representante, establecer obligaciones de información reforzada a cargo del representante (v. gr., documentando por escrito la información o el contenido de las sesiones del órgano de administración en el que ejerce las funciones) o instaurar un sistema de seguimiento del encargo. Asimismo, sería ésta la sede adecuada para establecer

⁵⁹⁹ ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, cit., p. 200. ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., pp. 150-151.

cláusulas de garantía o de exoneración, así como repartos internos de eventuales cuotas de responsabilidad o, en su caso, pactos de *non petendo*.

8.2.3. La tesis de la aplicación supletoria de las normas del mandato o de la comisión

Igualmente generalizada en la doctrina patria se encuentra la idea de que el desempeño de las funciones propias del cargo se identifica con un contrato de mandato o, en su caso, de comisión, entre el ente administrador y la persona física⁶⁰⁰. Siguiendo esta línea interpretativa, las relaciones en la vía interna se ventilarán, bien de acuerdo con las disposiciones de los artículos 244 Cdc y siguientes, bien según los artículos 1709 y siguientes C.C. Esta opción es compartida por la mayoría doctrinal, incluido un buen número de los autores que promueven la tesis de la subsunción. En efecto, en algunos casos, los autores abogan por la teoría de la subsunción y proponen la aplicación supletoria de las normas del mandato, en caso de silencio de las partes⁶⁰¹. En otros, la calificación del negocio como mandato se basa en una interpretación del cargo de representante como autónomo de cualesquiera otros vínculos que la persona física pueda ostentar con el ente. Por último, la propuesta también tiene acogida entre los autores que abogan por conceder espacio a las partes

⁶⁰⁰ Se refieren a la remisión a las normas generales de la representación, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 870 y DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2331. En sentido semejante, ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, cit., p. 200; PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2952 y 2961. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., pp. 57 y 61-62. Parece decantarse por esta opción, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., pp. 150-151. En la doctrina italiana, SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 7.

⁶⁰¹ En este sentido, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, cit., p. 140.

para articular el vínculo de acuerdo con sus preferencias, pues consideran que, en su defecto, resultarán aplicables las normas del mandato⁶⁰².

El recurso generalizado a las normas del mandato para integrar la institución del representante permanente puede explicarse por la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación general de la representación, por influencia del Código Civil francés y a diferencia de otros modelos continentales como el alemán. Esta circunstancia regulatoria ha consolidado el recurso a las normas del contrato de mandato para integrar cualquier institución de naturaleza representativa. Sin embargo, la tesis de la aplicación supletoria de las normas del mandato encuentra dificultades en el hecho de que la condición de representante permanente plantee notables derogaciones a su régimen positivo. Tales derogaciones se derivan de la normativa societaria. Por un lado, encontramos aquéllas previstas por las disposiciones especiales aplicables a esta figura (arts. 212 *bis* o 143 RRM), que se concretan en las notas de necesidad, permanencia y exclusividad. De otro, su régimen se ve afectado por las normas generales aplicables al órgano de administración, de acuerdo con el artículo 236.5 LSC. En ocasiones, esta circunstancia conduce a afirmar que se trata de un mandato especial o de contenido típico⁶⁰³.

Por otro lado, en esta interpretación se echa en falta un esfuerzo por concretar si procede la aplicación de las normas del mandato o de la comisión mercantil, esto es, si el vínculo representante-administrador persona jurídica merece la calificación de mercantil. Al señalar uno u otro bloque normativo como supletoriamente aplicable podrían condicionarse las soluciones legales: por ejemplo, el tratamiento de la retribución del cargo, el régimen de sustitución o de las propias instrucciones o el estándar de diligencia. Lo cierto

⁶⁰² ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 152.

⁶⁰³ *Ibidem*, “La sociedad accionista”, cit., pp. 156-157.

es que las diferencias esenciales entre el mandato y la comisión pierden aquí relevancia, en la medida en que el régimen societario introduce importantes especialidades al régimen de tales contratos. En otros términos, la especificidad del mandato del representante es tal que sus notas características se extraen de su régimen legal y, a menudo, salvan el problema de las diferencias entre comisión y mandato.

Aun así, procede recordar que la distinción entre el mandato y la comisión se sustenta sobre el elemento de la mercantilidad, tanto objetiva, como subjetiva⁶⁰⁴. Desde la perspectiva subjetiva, las partes del negocio serían una persona jurídica, de la que no se exige la condición de comerciante y una persona física. En el caso de que la persona jurídica administrador fuera una sociedad de capital, el primer sujeto sería comerciante *ex* artículo 2 Cdc. Por lo que respecta a la mercantilidad objetiva, a nuestro entender, el ejercicio de las funciones que permiten el desarrollo del objeto de una sociedad de capital debería reputarse mercantil⁶⁰⁵. Por su parte, el recurso a las normas del mandato se haría necesario por aplicación del artículo 50 Cdc⁶⁰⁶. En todo caso, la supletoriedad de las normas del mandato o de la comisión aparece como una cuestión de hecho que corresponderá determinar *ex casu* y, además, éstas sólo regirán en tanto resulten compatibles con las especialidades del estatuto jurídico del representante en los términos que se concretan seguidamente.

⁶⁰⁴ GARRIDO GARCÍA, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, Civitas, 1995, p. 56. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 7.

⁶⁰⁵ PORTELLANO DÍEZ, P., GONZÁLEZ GALÁN, S., “La delegación de voto por el representante de un consejero persona jurídica”, *RdS*, 45 (2015), pp. 445-462, en particular, p. 456. Desde una concepción diferente a la sostenida en el estudio, considera mercantil el desempeño del cargo, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 352.

⁶⁰⁶ GARRIDO GARCÍA, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p. 59.

8.2.4. Propuesta integradora de las soluciones doctrinales

Un buen número de los planteamientos expuestos resultan compartibles y, de hecho, todas las propuestas interpretativas pueden resultar correctas según la concreta manifestación del supuesto de hecho ante la que nos situemos. Las consideraciones efectuadas confirman la hipótesis inicial de que el cargo de representante posee naturaleza híbrida, pues su régimen jurídico se determina a partir de la confluencia de sus dos vertientes⁶⁰⁷. En primer lugar, se trata de un instituto de Derecho societario, cuyos rasgos configuradores pueden extraerse de la Ley de Sociedades de Capital. Sin embargo, la norma no agota su régimen jurídico y, en concreto, ofrece cierto espacio para que el administrador persona jurídica y el designado articulen su relación de conformidad con sus propias preferencias. Con todo, la libertad contractual encuentra su límite en las notas definitorias del instituto. Además, al amparo de la autonomía de la voluntad, las partes pueden establecer que el cargo quede subsumido en una relación preexistente, siempre que ésta sea de naturaleza representativa.

En este contexto, restaría valorar la autonomía que merece el cargo de representante permanente en los supuestos en los que esta condición coexista con otro negocio subyacente. La primera consideración es la necesidad de atender a la causa de la designación de una concreta persona como representante permanente, con el fin de determinar si, en el supuesto específico,

⁶⁰⁷ POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 318. HAMEL, J., LAGARDE, G., JAUFFRET, A., *Droit commercial*, vol 2, Paris, Dalloz, 1980, p. 365. En la doctrina patria, le otorgan esta calificación, CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., "Artículo 8. Escritura de constitución", cit., p. 130. Por su parte, ÁVILA NAVARRO, P., "R. 11.03.1991. Sociedad anónima: Administración, por persona jurídica", cit., p. 115, se refiere a una persona autorizada para representar en la representación.

el cargo se ha configurado como autónomo o se ha vinculado a otro negocio preexistente. En ausencia de pacto expreso sobre la acumulación o inclusión de las funciones como representante en otra relación jurídica, se hará necesario indagar en la voluntad contractual a partir de las reglas interpretativas de los artículos 50 Cdc y 1281 C.C. Por ello, en ausencia de criterios *ex ante*, sería admisible acudir al fundamento o causa de la designación como representante permanente, a través de la observación de los actos anteriores, coetáneos y posteriores (art. 1282 CC).

Indicios en este sentido pueden hallarse en los estatutos o en la reglamentación interna de la persona jurídica, por ejemplo, al exigir ciertas condiciones para ser designado representante. En este sentido, cabe pensar que la persona jurídica prevea la designación del representante *per relationem*, vinculando el cargo a otra relación preexistente (v. gr., estableciendo que deba recaer, en todo caso, sobre los propios representantes orgánicos). En estos casos, puede compartirse la tesis doctrinal que aboga por sujetar el desempeño de funciones en la sociedad administrada por parte del representante a las normas que ordenen el vínculo preexistente. De esta forma, en vía interna, el representante responde de acuerdo con la condición que ostente en el ente administrador (generalmente, como mandatario o representante orgánico), debidamente matizada por su sujeción a los deberes propios de los administradores sociales en la compañía en la que ocupa el cargo previsto en el artículo 212 *bis* LSC.

En este punto debería valorarse la relación de dependencia o subordinación del sujeto designado o, al contrario, su posición de control de la persona jurídica administrador, en la medida en que habrán afectado a su capacidad de negociación. Si, por razón de los vínculos jurídicos preexistentes, el representante mantiene una relación de subordinación en el ente administrador,

resultará aconsejable optar por la aplicación de un régimen que equilibre las posiciones. Así, puede pensarse en el supuesto de que el representante mantenga una relación laboral o funcionarial con la persona jurídica y no pueda escapar a la designación. En este escenario, se hace necesaria una propuesta tuitiva de los intereses del dependiente, otorgando mayor relevancia, por ejemplo, a las directrices de la persona jurídica⁶⁰⁸.

A pesar de lo anterior, nada impide que las partes configuren esta relación de forma aislada e independiente del vínculo preexistente. De hecho, someterse al régimen propio de los administradores también en la vía interna puede resultar excesivamente gravoso para el designado. Así, una segunda constelación estaría integrada por los supuestos en que la persona física ostenta un vínculo previo con el ente administrador, pero, a pesar de ello, se escoja suscribir el mandato del representante como un vínculo adicional, indicando la normativa supletoriamente aplicable. En esta clase de supuestos conviene tener presente la doctrina registral y jurisprudencial que admite la convivencia de la representación orgánica y voluntaria en una misma persona. De acuerdo con ella, un titular orgánico puede recibir un apoderamiento voluntario aun cuando ya ostente el poder de representación⁶⁰⁹. Doctrinalmente, esta posibilidad se ha observado con notable recelo, por plantear dificultades de delimitación de cada una de las esferas de actuación, así como por permitir a un consejero obtener

⁶⁰⁸ POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 318.

⁶⁰⁹ De este modo, se admite en todas las formas simples de administración, con excepción del administrador único, RDGRN de 24 de noviembre 1998 [RJ 1998\9448] RDGRN de 12 de septiembre de 1994 [RJ 1994\7247] y RDGRN de 18 de julio de 2012 [RJ 2012\10093]. Igualmente admisible resulta en el consejo de administración, RDGRN de 31 marzo de 1979 [RJ 1979\949] y STS (Sala de lo Civil) de 19 febrero 1997 [RJ 1997\1242]. En la doctrina, IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., pp. 388-389. JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., pp. 241-248. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, vol. I, cit., pp. 846-848. Desde el estudio del representante, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 230-232.

facultades añadidas, esquivando la mayoría de dos tercios para formular una delegación de facultades (art. 249.2 LSC)⁶¹⁰. Por su parte, algunos autores concluyen que sólo es posible cuando el consejero no ostente poder de representación⁶¹¹. Si el principal obstáculo al apoderamiento de un titular orgánico es la dilución de las esferas de poder, este riesgo parece matizarse en el supuesto de hecho. En este caso, las funciones de representante se desarrollan en el seno de una sociedad de capital distinta de la poderdante y con expresión, en cada caso, de que el sujeto actúa en calidad de representante del administrador persona jurídica. Con todo, esta posibilidad debe ser descartada en las personas jurídicas con un solo titular orgánico, aunque nada impedirá que, aun sin mediar apoderamiento voluntario, este sujeto sea designado representante y se acuerde que tales funciones queden subsumidas en el ámbito de su mandato como administrador⁶¹². Además, es probable que, siendo el régimen de responsabilidad orgánica generalmente más estricto y tasado, la persona jurídica administradora prefiera que ésta sea la normativa aplicable a la relación jurídica.

⁶¹⁰ SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 114; JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., p. 250; MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima”, cit., pp. 1769-1790. También con reservas, MARTÍ LACALLE, R., “Nombramiento de apoderado general por el consejo de administración (STS de 19 de febrero de 1997 [Civil]. R.A. 1242/1997)”, *RDM*, 226 (1997), pp. 2036-2045, en concreto, pp. 2044-2045. En referencia a los patronos, SALELLES CLIMENT, J.R., VERDERA SERVER, S., *El Patronato de la Fundación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997, pp. 122-123. Nos adherimos a esta corriente en DEL VAL TALENS, P., “Conflicto de interés y dispensa al apoderado en las sociedades de capital. Comentario a la RDGRN 6078/2015, de 28 de abril”, *RJN*, 94 (2015), pp. 445-460, en concreto, pp. 457-458.

⁶¹¹ SÁNCHEZ RUIZ, M., “Apoderamiento general en favor de un consejero (STS 19 de febrero 1997)”, *RdS*, 9 (1997), pp. 347-356, en concreto, p. 351.

⁶¹² RDGRN de 24 de noviembre 1998 [RJ 1998\9448]. JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., p. 249.

Al contrario, es posible que la persona jurídica desee atribuir el cargo de representante permanente a uno de sus titulares orgánicos y, sin embargo, considere conveniente que cada una de esas relaciones jurídicas (mandato orgánico y mandato como representante) conserve su autonomía. En tales casos, de conformidad con la referida doctrina registral, su órgano de administración podrá otorgar un nuevo apoderamiento en favor de esta concreta persona física. Este poder, de naturaleza voluntaria, dará cobertura al desempeño de las funciones propias del cargo de administrador en la sociedad de capital administrada. En esta constelación, la condición de representante poseerá carácter autónomo con respecto al vínculo como administrador y, en tal sentido, sus deberes y régimen de responsabilidad en vía interna serán diferentes de los propios del estatuto orgánico. En tales casos, deberían rechazarse las reclamaciones al representante con fundamento en las normas que ordenan el cargo de administrador.

Diferentes factores pueden condicionar las preferencias de las partes a la hora de configurar el encargo de representante permanente. Por un lado, se hará necesario atender al equilibrio de poderes y a la interacción entre los órganos de la persona jurídica administrador, pues la rendición de cuentas variará en función de que se trate de un representante voluntario u orgánico. En efecto, si el cargo se formaliza mediante un apoderamiento voluntario, el representante dependerá orgánicamente de los administradores de la persona jurídica, mientras que, si recae sobre un titular orgánico, deberá rendir cuentas ante la Junta general.

El margen no cubierto por el régimen societario y, en ausencia de disposición contractual, quedará a las normas del mandato o de la comisión,

según los casos⁶¹³. A partir de tales conclusiones, merece la pena continuar indagando en las particularidades del régimen jurídico del representante. Si antes se han establecido las notas que se extraen de su régimen societario, procede ahora conjugar las normas de la Ley de Sociedades de Capital con las propias del mandato o de la comisión. Se trata de analizar el modo en que las disposiciones societarias condicionan la vertiente interna de la relación representante-representada, introduciendo ciertas matizaciones a las prerrogativas de las que, con carácter general, gozaría la persona física como mandatario o comisionista. Por esta razón, se propone repasar las especialidades del estatuto jurídico del representante permanente, a partir de las derogaciones que la normativa societaria introduce sobre el régimen de estos contratos. Como paso previo al análisis, vale la pena valorar las implicaciones que posee la condición de doble mandatario del representante.

A. El representante como doble mandatario

La posición jurídica del representante permanente presenta rasgos propios de los llamados administradores comunes o dobles mandatarios (los *interlocks* o *Doppelmandatsträgern*). El representante es un sujeto, persona física, vinculado formalmente a un ente, persona jurídica, del que depende su mantenimiento en el cargo. En cambio, sus funciones son ejercitadas en el seno

⁶¹³ En todo caso, las normas relativas a la representación o, en su caso, el mandato, serán de aplicación supletoria. ALBALADEJO GARCÍA, M., *El negocio jurídico*, cit., p. 349. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 72. VON WICHMANN ROVIRA, G., “Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Primera parte)”, *RJN*, 86-87 (2013), pp. 11-66, en concreto, pp. 51-52. En sede societaria, ALCALÁ DÍAZ, M^a. Á., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid Marcial Pons, 1999, pp. 447-496, en concreto, p. 470.

de una sociedad de capital, con la que no ostenta formalmente vínculo alguno, pero a la que debe lealtad y diligencia por mor del artículo 236.5 LSC. Por esta razón, el representante queda sujeto a un doble interés, el propio de la sociedad administrada y el de la persona jurídica administrador, susceptibles de colisionar. De este modo, el representante aparece como un *interlock* material. Pero, además, el representante puede ser un *interlock* en sentido formal en aquellos casos en los que el designado para el cargo sea uno de los propios administradores de la persona jurídica titular. En esta última constelación, la persona física se somete a idénticos deberes fiduciarios en relación con el ente administrador y en la sociedad administrada. En atención a lo anterior, debe determinarse si las conclusiones alcanzadas por la doctrina comparada en relación con los *interlocks* resultan extrapolables al representante permanente.

Por naturaleza, el *interlock* se enfrenta a posibles colisiones entre los intereses de las sociedades en las que ocupa cargos y, por consiguiente, ante potenciales conflictos de interés. En esta materia, cabe traer a colación una consolidada doctrina comparada, según la cual el administrador común no puede amparar la lesión al interés de una de las sociedades gestionadas en el interés de la otra⁶¹⁴. En consecuencia, en caso de contraposición, ninguno de los dos intereses cede ante el otro, sino que es necesario cesar en uno de los dos mandatos que plantean el conflicto. Así pues, la regla general para los administradores comunes es la equidistancia con respecto a los intereses de las entidades administradas. Esta conclusión no puede ser trasladada al representante del administrador persona jurídica. En efecto, la analogía no puede ser plena en tanto una de las entidades en las que el representante ostente su mandato, la persona jurídica administrador, se encontrará sujeta a deberes

⁶¹⁴ HOFFMANN-BECKING, M., “Vorstands-Doppelmandate im Konzern”, *ZHR*, 150 (1986), pp. 570- 584, en particular, 577. PASSARGE, M., “Vorstands-Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema!”, *NZG*, 12 (2007), pp. 441-444, en particular, p. 442.

fiduciarios frente a la otra. En consecuencia, el propio interés de la persona jurídica administradora queda subordinado al de la sociedad administrada. En tal sentido, esta circunstancia actúa como límite a la facultad de la persona jurídica para impartir instrucciones contrarias al mejor interés de la sociedad administrada.

B. Régimen de instrucciones y margen de independencia del representante

Formalmente, el representante permanente se constituye en un doble mandatario (*Doppelmandatsträger*), al someterse al régimen de deberes de los administradores, pero también a aquél que rija la relación interna con el ente gestor, sea ésta autónoma o quede subsumida en un vínculo preexistente. La norma societaria no ofrece pauta alguna sobre el modo de resolver las tensiones a las que se enfrenta en su condición de *interlock*. Esta cuestión se encuentra presidida por un principio fundamental de la institución objeto de estudio que la diferencia de figuras asimiladas: el ente administrador está sujeto al régimen de deberes y responsabilidad de todo titular orgánico en una sociedad de capital y, por consiguiente, el desempeño del cargo por su representante y las vicisitudes de su relación interna con aquel se supeditan al cumplimiento de los deberes fiduciarios. Sobre esta premisa procede esclarecer la facultad de la persona jurídica administrador para dirigir instrucciones a su representante, así como el grado de vinculación de este último a las directrices del auténtico titular.

(i) Caracterización de las instrucciones

Las instrucciones o directrices emanadas del administrador y dirigidas al representante constituyen el medio de desenvolvimiento de toda actividad de gestión y, consiguientemente, de toda relación representativa⁶¹⁵. Si se acepta la caracterización de la relación interna como un mandato, las instrucciones se refieren a todas aquellas directrices o indicaciones, de carácter indicativo u obligatorio, que la persona jurídica dirija a su representante en el ejercicio del cargo en la sociedad administrada. En esta materia, la primera circunstancia a considerar se refiere a la variedad de constelaciones que pueden verificarse en el supuesto de administrador persona jurídica. Así, la estructura de propiedad del ente administrador o su naturaleza (asociativa o patrimonial, por ejemplo) condicionarán la posición que el representante permanente ostente ante la toma de decisiones por parte de la persona jurídica. Por ejemplo, puede tratarse del único administrador de una sociedad o de un socio de control con gran influencia en los procesos de decisión del ente. También resulta imaginable que el administrador sea una sociedad de capital en la que los socios intervengan *ex artículo 161 LSC*, impartiendo instrucciones en materia de gestión.

En segundo lugar, el modelo normativo no limita la autonomía de la persona jurídica para organizar el desempeño del cargo como considere oportuno. Así, cabe pensar que conceda plena autonomía al sujeto para desenvolver sus funciones o que, en cambio, establezca un férreo sistema de control y supervisión de su ejercicio, por ejemplo, exigiendo que el representante rinda cuentas en las reuniones del órgano de administración del ente gestor y reciba sus directrices. El primer esquema será habitual cuando la persona física reúna

⁶¹⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 101. RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las instrucciones del mandante y su relevancia en el negocio representativo”, CUENA CASAS, M., ANGUIA VILLANUEVA, L. A., ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 669-696, en concreto, pp. 671-673.

las competencias técnicas para ejercer la dirección empresarial en la sociedad administrada o el volumen de tareas en el seno del ente administrador exija la delegación plena en el representante permanente. De otra parte, sin embargo, es posible que la independencia del representante se relacione con supuestos de abuso de la figura, a partir de la interposición de la persona jurídica administradora. La sujeción de la persona jurídica a los deberes propios de los administradores sociales aconseja que el ente gestor establezca un sistema de seguimiento del desempeño de su mandatario.

En la teoría general del mandato, las instrucciones se emiten a través de cauces flexibles e informales, asegurando la correcta ejecución del encargo⁶¹⁶. Sin embargo, atendida la naturaleza colectiva del ente administrador, cabe pensar que las instrucciones del ente administrador se ajusten a alguno de los cauces formales para la adopción de acuerdos según su propia normativa; generalmente, acuerdos de la reunión de sus administradores, aunque cabe pensar en que la directriz proceda de la reunión de miembros de la persona jurídica⁶¹⁷. En el mismo sentido, se trataría de directrices que el titular del cargo comunicaría a su representante a lo largo del mandato, aunque también cabe pensar en que se limite a ofrecerle indicaciones generales sobre el modo de desarrollar sus funciones⁶¹⁸.

La nota de autonomía posee aquí relevancia, pues puede condicionar el régimen de instrucciones emitidas por la persona jurídica administrador. Si la condición de representante queda subsumida en un vínculo anterior, por

⁶¹⁶ GARRIDO GARCÍA, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., pp. 74-75.

⁶¹⁷ Como parámetro, en el caso alemán, se ve esta tensión en el caso de los gestores mediatos sometidos a instrucciones de la Junta general del ente administrador en BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 54, supuesto que no se verifica en la *Aktiengesellschaft*.

⁶¹⁸ HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 316 consideran éste el supuesto más habitual.

ejemplo, por ser la persona física administrador del ente administrador, es posible que el representante se encuentre sometido a instrucciones de la Junta general o de la reunión de sus miembros. En cambio, ello no ocurrirá si el cargo es autónomo o se acumula a otro jerárquicamente sometido al órgano de administración (una relación laboral especial de alta dirección o un apoderamiento general).

(ii) *Facultad de impartir instrucciones y sus límites*

Descritos los contextos en los que pueden presentarse las directrices en la administración societaria por persona jurídica, la primera cuestión a responder es si, en su condición de mandante, el titular del cargo está efectivamente facultado para dictar instrucciones sobre la persona natural *ex* artículo 1719.I C.C. En la doctrina patria y comparada, es criterio prácticamente unánime que, como verdadero administrador, la persona jurídica puede impartir instrucciones a su representante⁶¹⁹. Además, si la vertiente interna se configura

⁶¹⁹ En la doctrina española, LLEBOT MAJÓ, J. O., “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 317-344, en concreto, p. 335. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas”, *InDret*, 1 (2014), pp. 1-53, p. 8 y nota 8. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, *RDBB*, 138 (2015), pp. 49-106, en concreto, p. 73. Implícitamente en contra, VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cit., p. 636. En sede de fundación, SALELLES CLIMENT, J.R., VERDERA SERVER, S., *El Patronato de la Fundación*, cit., p. 131. En Francia, MÉMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE, *Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 737. En Bélgica, CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 331. HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, cit., p. 196. VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 28. HAMEL, J., LAGARDE, G., JAUFFRET, A., *Droit commercial*, cit., p. 365. Sólo

supletoriamente como un mandato, entonces, el representante debería atenerse a las instrucciones de su mandante. En este punto, el representante permanente se desmarca de los demás titulares orgánicos, especialmente, de los administradores dominicales, para quienes el mero seguimiento de instrucciones de terceros debe reputarse contrario al principio de independencia de criterio *ex* artículo 228 LSC y, consiguientemente, desleal⁶²⁰. Así, como premisa, el representante permanente está sujeto a las directrices del ente administrador.

Ahora bien, la total vinculación del representante permanente a las instrucciones de la persona jurídica choca con el mencionado principio de responsabilidad personal e independencia de instrucciones que preside el régimen fiduciario de los administradores (art. 228.d) LSC), al que esta persona se somete en virtud del artículo 236.5 LSC. Además, el carácter obligatorio de las órdenes del ente contrastaría con el principio de individualización de culpas en materia de responsabilidad por daños emanados del cargo. La naturaleza híbrida del representante permanente se manifiesta aquí, planteando una fricción entre la facultad de impartir instrucciones y el interés de la sociedad administrada⁶²¹. La cuestión debe resolverse a partir de una ponderación de los intereses en juego, a saber, el propio de la sociedad administrada y el del ente administrador, subordinado al primero por su condición de titular fiduciario. De ello resulta que, al impartir instrucciones a su representante, la persona

excepcionalmente se afirma la no sujeción del representante. Así, GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 102.

⁶²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecimos, apdos. 1, 2, 3 y 6 LSC)”, cit., p. 948.

⁶²¹ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme”, cit., p. 19.

jurídica se somete a los deberes generales de diligencia y lealtad, que deben ser ejercitados en el interés de la sociedad que se administra.

En la teoría general del mandato, la facultad de dirigir instrucciones al mandatario encuentra su límite en la licitud de las mismas, que deben ajustarse a la legalidad. En caso de contravención a la ley, se consideran nulas y no vinculan al representante⁶²². En el supuesto bajo examen, las instrucciones serán ilícitas cuando se opongan a la ley, los estatutos sociales de la administrada o los deberes propios del cargo, en tanto el ente titular encuentra en todos ellos un límite a su actuación (art. 236.1 LSC). De esta forma, la sujeción de la persona jurídica a los deberes propios de los administradores limita el margen de sus directrices, en cuya elaboración y emisión, la persona jurídica se somete a los deberes de diligencia y lealtad. Resulta, pues, que el ente está facultado para instruir a su representante en el mejor interés de la compañía en la que ostenta el cargo y con pleno respeto a su estatuto de administrador. En definitiva, las directrices del ente administrador resultan plenamente legítimas, pero su licitud vendrá determinada por el respeto al interés de la sociedad administrada. Por último, también apunta en este sentido la sujeción personal del representante a los deberes propios de los administradores sociales, así como su responsabilidad solidaria con el ente administrador⁶²³.

(iii) Régimen de instrucciones contrarias al interés de la sociedad administrada

⁶²² GARRIDO GARCÍA, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, cit., p. 141.

⁶²³ MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 390.

Seguidamente, se plantea cuál es la conducta debida por el representante de un administrador persona jurídica destinatario de instrucciones de su principal. De nuevo, se manifiesta aquí la tensión derivada de su condición de doble mandatario, pues, si la ejecución de las instrucciones de la persona jurídica resultara lesiva, podría derivarse para él responsabilidad *ex* artículo 236.5 LSC. En cambio, apartarse de lo indicado por su mandante puede generar la quiebra de la relación fiduciaria e, incluso, la extinción de otros vínculos subyacentes. Por ello, al estar sujeto a los deberes de diligencia y lealtad, el representante debe valorar la compatibilidad de la directriz con el interés social y, sólo si las indicaciones superaran el test, debería éste seguir el criterio del ente administrador. De estas consideraciones cabe extraer un deber específico del representante de velar por la conformidad de las directrices del ente al interés social⁶²⁴. Aunque onerosa, esta carga se justifica por su condición de exclusivo legitimado para asistir a las reuniones y ejercitar las prerrogativas adscritas al desempeño del cargo. En efecto, es probable que los datos que el ente administrador (*rectius*, su órgano competente) obtenga en relación con la marcha social dependan de la información proporcionada por el representante. Por ello, este último debería asegurarse de que el criterio formado en el ente sea conforme al interés de la administrada y, de lo contrario, advertirlo al órgano competente. En otros términos, el deber de diligencia del representante del administrador persona jurídica incluye la obligación de revisar la conformidad de las directrices de su mandante al interés social.

Ante instrucciones potencialmente lesivas, la persona física se vería ante la encrucijada de abstenerse en la concreta actuación (piénsese que deba emitir el

⁶²⁴ De forma análoga al resultado que se alcanza en relación con el contrato de comisión, de acuerdo con GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2850-2868, en concreto, p. 2849.

voto en nombre del ente en una sesión del consejo de administración) o apartarse del criterio de su mandante, manifestando una voluntad distinta, pero que considere conforme al interés social. Aunque la abstención ha sido propuesta por un sector doctrinal⁶²⁵, en ocasiones, la mera inhibición del representante no resultará suficiente para quedar exonerado de responsabilidad, pues el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital exige la oposición expresa al acuerdo lesivo. Desde otra perspectiva, se considera que el representante podría actuar según su criterio, aun arriesgándose a un incumplimiento de la relación fiduciaria interna⁶²⁶.

A nuestro entender, el representante se ve constreñido a respetar el mejor interés de la administrada y esta actuación no constituirá un incumplimiento fiduciario de su relación interna con el ente administrador. Si la disparidad de criterio fuera puntual, el representante podría asegurarse la exoneración en vía interna en relación con el concreto asunto acreditando que la decisión se adoptó en el mejor interés de la administrada, al que la persona jurídica administrador se encuentra también sujeto⁶²⁷. En caso de que el representante prefiriera abstenerse por considerar que el criterio de la persona jurídica es contrario al interés de la administrada, es probable que nos situáramos ante un conflicto de

⁶²⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 73. La abstención es la solución propuesta por DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2330.

⁶²⁶ Propone que el representante ctúe de acuerdo con su criterio, MÉMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE, *Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 737. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 73. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 390, aunque estiman que puede exigírle responsabilidad en vía interna, aspecto que debe descartarse.

⁶²⁷ Admiten que el representante se separe de las directrices manifiestamente contrarias al interés de la empresa, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2327.

interés del administrador persona jurídica. De ser así, lo correcto sería que el mandatario manifestara su existencia ante el órgano administrativo, de conformidad con el artículo 229.3 LSC. En cambio, si la divergencia se mantuviera en el tiempo, de forma que la relación fiduciaria entre el ente y su representante se viera afectada, la dimisión o el cese del representante sería la única solución posible⁶²⁸. Como consecuencia de lo anterior, frente a la sociedad administrada y los demás legitimados para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, el representante no puede ampararse en el cumplimiento de instrucciones de la persona jurídica⁶²⁹.

También cabe pensar que las directrices o indicaciones de la persona jurídica resulten inadecuadas o imprecisas en el momento de ejecutarlas, por ejemplo, porque a la luz de nuevas informaciones proporcionadas en la sesión del órgano resulte oportuno actuar en sentido distinto al indicado. En esta materia, el Derecho de sociedades cuenta con la experiencia del representante del socio en la Junta general (arts. 183 y ss. LSC)⁶³⁰. Aunque también éste debe seguir las directrices del principal, la figura se distingue del representante del

⁶²⁸ HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 315 contempla la renuncia ante instrucciones reprochables. MÉMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE, *Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 737. LE CANNU, P., *Droit des sociétés*, cit., pp. 400-401.

⁶²⁹ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, cit., p. 390; GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecimas, apdos. 1, 2, 3 y 6 LSC)”, cit., p. 948. JUSTE MENCÍA, J., “Acción social de responsabilidad contra los administradores: nuevos sujetos responsables”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ALVAREZ, M. (coords.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luiz Fernández de la Gándara*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 433-450, en concreto, p. 448.

⁶³⁰ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta general de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1991, p. 60; *Ibidem*, “La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo”, *RDBB*, 104 (2006), pp. 55-82, en particular, pp. 61-63.

administrador persona jurídica, pues el segundo está sujeto a los específicos deberes propios de su régimen, como también lo está su mandante⁶³¹.

C. Vinculación de la persona jurídica administradora por actos de su representante y oponibilidad de los vicios en la representación

La segunda especialidad del estatuto del representante permanente es la vinculación del principal por los actos de la persona física encargada de ejercitar el cargo. La Ley de Sociedades de Capital no ofrece pautas en este sentido, lo que convierte esta cuestión en una de las más problemáticas del modelo legislado sobre el administrador persona jurídica. Al analizar la compatibilidad del representante permanente con la Primera Directiva de sociedades, se ha concluido que los vicios en la representación de la persona jurídica administrador deben considerarse limitaciones de orden interno y, por tanto, no resultarán oponibles a los terceros de buena fe. Esta interpretación se alinea con la caracterización del representante como auténtico órgano de la persona jurídica administradora y remite los problemas en materia de representación a la esfera interna. No obstante lo anterior, el estatuto del representante permanente contempla una especialidad desconocida, tanto para la teoría orgánica, como para las normas derivadas del mandato: la sujeción del representante a responsabilidad solidaria en el ejercicio del cargo (art. 236.5 LSC).

⁶³¹ En referencia al representante del socio, BOQUERA MATARREDONA, J., “La representación de los accionistas por las entidades de crédito en la junta general”, GONZÁLEZ CASTILLA, F., MARIMÓN DURÁ, R., RUIZ PERIS, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 25-40, en particular, p. 37.

El poder de representación es el presupuesto habilitante para asumir las funciones a las que se refiere el artículo 212 *bis* LSC y, por ello, su acreditación es imprescindible para superar el filtro de la calificación registral que permita el acceso de la designación del representante al Registro Mercantil. A tal efecto, se exige la presentación del documento acreditativo del poder de representación de la persona física en el momento de inscripción del nombramiento del administrador persona jurídica. Mediante esta exigencia, el control registral elimina los problemas que podrían plantearse en caso de ausencia originaria de poder de representación por parte de la persona física. En cambio, no evita las consecuencias de la extinción sobrevenida del poder, por las que el representante deviene un *falsus procurator*, ni los supuestos de extralimitación de esta persona física.

Por último, cabe analizar si la inoponibilidad de las circunstancias de la relación interna alcanza a la sociedad administrada. Por lo general, frente a ella, las limitaciones internas *ex* artículo 234.1 LSC resultan oponibles y generan la oportuna responsabilidad⁶³². Sin embargo, ya se ha anticipado que las vicisitudes de la relación entre el representante y la persona jurídica no son internas a la sociedad administrada, sino que corresponden a la esfera organizativa de la persona jurídica administrador. En esta materia, consideramos que los problemas derivados de la relación interna serán oponibles a la sociedad administrada en la medida en que ésta los conozca o no pueda ignorarlos sin faltar a la buena fe. Así ocurriría, por ejemplo, si la persona jurídica acreditara haber notificado la designación o cese de un representante o la falta de inscripción de alguno de tales actos fuera imputable a la sociedad administrada.

⁶³² ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 234. Ámbito del poder de representación”, cit., p. 1684.

Por último, el régimen del representante permanente se desmarca del propio del mandato, pues, al actuar, la persona física queda personalmente vinculada por sus actos, mientras que la vinculación personal del mandatario con los terceros es excepcional y se circunscribe a los supuestos de extralimitación o de actuación en nombre propio⁶³³.

D. Sustitución del representante

La nota de exclusividad del representante permanente conlleva que éste sea la única persona a través de la cual el ente gestor puede actuar regularmente. Así, como regla general, el representante no puede hacerse sustituir, siquiera de forma puntual o esporádica, por otro mandatario (titular orgánico o representante voluntario) de la persona jurídica⁶³⁴. Pero además de la limitación propia del régimen del representante, el mismo resultado se alcanza por aplicación de las normas propias de los administradores sociales, a las que ente titular y representante se someten. De este modo, la intervención del administrador persona jurídica a través de una persona distinta de su representante permanente queda sujeta a idénticas reglas que la representación de cualquier otro miembro del órgano. Como resultado, el ente administrador no puede hacerse representar por una persona física distinta de la inscrita que, a su vez, no reúna la condición de consejero⁶³⁵. La solución se distancia de la

⁶³³ GARCÍA RUBIO, M^a. P., “Representación”, CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 555-570, en concreto, p. 559.

⁶³⁴ MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123”, cit., p. 1381. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993”, cit., p. 3195. SANFILIPPO, P. P., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, cit., Mg. 7. MÉMENTO PRATIQUE FRANCIS LEFEBVRE, *Dirigeants de sociétés commerciales* (2006-2007), cit., p. 738.

⁶³⁵ Expresamente, RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864]; SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p.653-654. CASTAÑER CODINA, J.,

propia del mandato, cuya regulación admite que el mandatario se haga sustituir, siempre que ello no resulte prohibido por el principal (art. 1721 C.C.)⁶³⁶.

E. Rendición de cuentas e información

Los flujos de información entre el ente administrador y su representante resultarán determinantes en el desempeño del cargo. Teniendo en cuenta que este último es la única persona legitimada para asistir a las reuniones y ejercitar materialmente las facultades propias de la condición de administrador, el representante queda encargado de comunicar a su mandante cuantos datos resulten relevantes para el correcto desenvolvimiento de sus funciones. La rendición de cuentas se referirá a la información sensible obtenida en el órgano de la administrada, así como a todas aquellas circunstancias relativas a la marcha social. Además, si las directrices o instrucciones del ente que resulten compatibles con el interés social vinculan al representante, éstas sólo tendrán sentido si son emitidas por un órgano debidamente informado. Lo contrario resultaría incompatible con el deber general de diligencia, al faltar uno de los elementos de la regla de la discrecionalidad empresarial *ex* artículo 226 LSC. En tal medida, la rendición de cuentas del representante incluye un deber de consulta a su principal⁶³⁷.

Esta obligación del representante se extrae del artículo 1720 CC, cuyo contenido recoge también el artículo 260 Cdc. El deber también se justifica en la condición de administrador del ente, cuyo régimen lo somete a un deber de

“Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 251 y nota 61. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63.

⁶³⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, Comares, 1997, p. 126.

⁶³⁷ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2326.

informarse adecuadamente y, a la vez, configura la obtención de información como una prerrogativa individual asociada a la titularidad orgánica (art. 225.3 LSC). Sin embargo, conviene distinguir entre la obligación de la persona jurídica de informarse debidamente y el deber de rendición de cuentas a cargo del representante. El primero constituye un deber fiduciario adscrito a la titularidad orgánica, cuya infracción origina responsabilidad por incumplimiento de una obligación anudada al cargo. En cambio, la obligación del representante de informar a su principal carece de amparo normativo en la Ley de Sociedades de Capital. Al contrario, su fundamento descansa en la esfera relativa a la relación interna. Como consecuencia de lo anterior, su incumplimiento no constituye la infracción de una obligación societaria, sino que se remite a la relación entre el agente y su principal. Por último, cabe fundar en la relación interna la prerrogativa del representante de acceder a aquellas informaciones de su principal que resulten relevantes para el ejercicio del cargo. Piénsese, por ejemplo, en la notificación de conflictos de interés que afecten a los administradores o apoderados generales de la persona jurídica y que él sea el encargado de transmitir a la sociedad administrada.

A fin de dar cumplimiento a esta serie de deberes, representante y ente deberían instaurar un sistema de información recíproca que permita al primero comunicar los datos necesarios para el correcto desempeño del cargo y recibir, en su caso, las directrices que el principal considere, a la luz de las informaciones aportadas⁶³⁸. La rendición de cuentas debería producirse inmediatamente después de que el representante tuviera acceso a la información, ya fuera tras la asistencia a las reuniones del órgano o con ocasión de negociaciones u operaciones extraordinarias o de especial importancia

⁶³⁸ En la doctrina, este deber se caracteriza como de información y consulta, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 104.

(modificaciones estructurales, transmisiones de acciones o participaciones).

Idealmente, deberían producirse en sesión del órgano correspondiente de la persona jurídica y, de no ser posible, el representante debería emitir informe dirigido a su presidente, con el fin de que la información fuera conocida por el órgano de administración de la persona jurídica a la mayor brevedad.

En contra de la interpretación propuesta, la posibilidad de oponer las anteriores circunstancias frente a las acciones de responsabilidad incentivaría el establecimiento de medidas adecuadas de vigilancia mutua. Y, al contrario, cabe pensar que la persona jurídica prefiera ignorar las circunstancias relativas del desempeño del representante con el fin de oponer su desconocimiento y la plena autonomía del representante como excusa a su responsabilidad. Esta segunda posibilidad se compadece mal con el régimen de actuación de los administradores sociales, por lo que debe ser rechazada.

IV. GRUPOS DE CASOS

La ley no contempla la preexistencia de otro vínculo jurídico entre la persona jurídica y aquella persona natural designada al amparo de los artículos 212 *bis* 1 y 143.1 RRM. Sin embargo, éste será el supuesto más habitual, teniendo en cuenta la competencia técnica necesaria para ejercitar el cargo, así como las implicaciones en materia de responsabilidad. En tal sentido, lo más probable es que exista un nexo de carácter fiduciario entre ambos, con independencia de la relación jurídica que le sirva de cobertura. Ya se ha dejado

sentado que este vínculo previo puede tener contenido representativo o, en cambio, tratarse de una relación de naturaleza no representativa, de forma que resulte necesario conceder un apoderamiento en favor del candidato. También se ha concluido que sólo en el primer supuesto puede admitirse la subsunción de las funciones propias del cargo en el negocio anterior, dejando, en otro caso, la configuración del negocio a las partes, con los límites marcados por la propia especialidad del instituto.

Las anteriores consideraciones nos sitúan ante una amplia gama de posibilidades, según el representante mantuviera o no un vínculo previo con la persona jurídica y, en particular, según el referido negocio tuviera o no naturaleza representativa. Ello dependerá de las preferencias de la persona jurídica administrador, de cómo tenga organizada su representación y siempre de acuerdo con las normas legales o estatutarias a las que deba sujetarse su actuación. Del mismo modo, resulta posible que, con posterioridad al nombramiento de una persona física como representante y durante el ejercicio de su mandato, éste formalice otros negocios jurídicos con su principal. En atención a lo anterior, parece oportuno abordar los supuestos de acumulación de vínculos que, con mayor frecuencia, se verifican en el tráfico.

1. Representante-socio de la persona jurídica

Es posible que la persona jurídica designe como representante a una persona natural que reúna en su seno la condición de socio, incluidos aquí los miembros, titulares de participaciones, acciones o cuotas⁶³⁹. En la medida en que este vínculo carece de contenido representativo, la designación deberá ir acompañada de un acto de apoderamiento, con el fin de otorgar poder suficiente

⁶³⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 51.

en favor del sujeto designado como representante. Esta hipótesis pone de manifiesto que no es posible acoger sin matices la teoría de la subsunción de la condición de representante en la relación preexistente, pues resulta imprescindible que la persona física ostente poder de representación del ente titular y, además, la vertiente interna no puede regirse por las normas que ordenan la condición de socio. Y es que, si los socios de la persona jurídica vieran su riesgo limitado a su aportación, lo contrario equivaldría a afirmar que la persona jurídica no puede reclamar de su representante-socio los daños ocasionados en el desempeño del cargo, más allá de la aportación que éste hubiera realizado a su haber. Lo anterior debe entenderse con exclusión de los supuestos en que el socio es administrador natural de la persona jurídica, incluidos aquí los socios colectivos de las sociedades comanditarias por acciones. En todo caso, la hipótesis del socio-representante permanente supone la concurrencia de dos vínculos diferentes entre la persona física y el ente administrador, uno de carácter real (acciones, participaciones o cuotas) y otro de naturaleza personal (el cargo de representante permanente).

En ocasiones, este supuesto se relaciona con un uso fraudulento de la institución del administrador persona jurídica. En efecto, si el representante permanente no ocupa puestos de responsabilidad en la persona jurídica -lo que incluye aquellos casos en que sólo mantiene un vínculo real o accionarial con ésta- será habitual que aduzca su sujeción a las directrices de aquélla y se ampare en su simple condición de socio para justificar la ausencia de responsabilidad. Las conclusiones alcanzadas con respecto a la vinculación del representante permiten excluir el efecto exoneratorio de esta causa de oposición. Asimismo, aquella persona física o jurídica que se encuentre en posición de control sobre el ente administrador recibirá el tratamiento de persona vinculada a la persona jurídica (art. 231.2 LSC). En supuestos

patológicos, es posible que el socio o miembro de la persona jurídica sea quien ejercite materialmente el cargo o dicte instrucciones al órgano de la administrada, sin ostentar formalmente la condición de representante. Ello aconsejará el recurso a la administración de hecho (art. 236.3 LSC) para imputar responsabilidad a este sujeto.

2. Representante-administrador de la persona jurídica

Es posible que la condición de representante permanente recaiga sobre uno de los titulares orgánicos de la persona jurídica. En esta constelación, el representante es un *interlock* formal y el desempeño del cargo puede colocarlo en situaciones de conflicto de interés, en las que la promoción del interés de la sociedad administrada colisione con el propio del ente gestor. Tales supuestos deben resolverse en favor del interés de la sociedad administrada. Por otro lado, en ocasiones, la persona natural representante procurará alejarse de los centros de poder de la persona jurídica administrador, evitando formar parte de su órgano de administración. Con ello no sólo logrará eludir la responsabilidad derivada de tales funciones, sino ver reducidos los indicios de su poder fáctico en el ente administrador. De esta forma, bajo el argumento de que el representante carece de poder de decisión en la persona jurídica, se dificultará la imputación de responsabilidad como gestor de la sociedad de capital administrada. Esta utilización sesgada de la figura es similar al empleo de los apoderamientos voluntarios como paraguas bajo el que se oculta quien ostenta el auténtico poder de decisión de la entidad. De nuevo, en tales casos, cabe el recurso a la administración fáctica *ex* artículo 236.3 LSC para declarar responsable al sujeto. Sin embargo, la declaración de responsabilidad de un representante permanente no requiere la acreditación de su condición de

administrador de hecho, pues el artículo 236.5 LSC le otorga legitimación pasiva frente a las acciones de responsabilidad.

En los supuestos más frecuentes, se tratará de un administrador de la sociedad administradora o uno de los patronos de la fundación gestora⁶⁴⁰. Con carácter general, el titular orgánico se encuentra dotado de poder para vincular al ente y, en tal medida, no es necesario que se otorgue en su favor un nuevo apoderamiento. Aun así, según se ha expuesto, esta posibilidad queda abierta en el caso de que las partes deseen configurar el mandato del representante como independiente de la relación orgánica. La normativa societaria no establece limitaciones en este punto, por lo que resultará indiferente la forma en que se organice la gestión en el ente administrador, también en el frecuente supuesto de que éste sea una sociedad de capital. En tal sentido, la condición de representante podrá recaer sobre el administrador único, uno de los administradores solidarios o mancomunados o uno de los miembros del consejo de administración del ente gestor, si bien estos dos últimos supuestos pueden sugerir alguna dificultad particular.

En relación con los administradores mancomunados, al atribuirse la condición de representante a uno de ellos, se produce una especificación de sus facultades, de forma que los demás administradores, en el caso de la S.L., o el otro administrador mancomunado, en la S.A., quedarán excluidos del desempeño de las tareas de gestión y representación de la sociedad administrada. De esta forma, la designación de un administrador mancomunado como representante permanente afecta al ejercicio en común de

⁶⁴⁰ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 248. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 51. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 870. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 347.

la representación del ente, en tanto las funciones inherentes al cargo corresponderán sólo al administrador designado. Para resolver esta cuestión, conviene trasladar al supuesto las conclusiones alcanzadas por la doctrina en relación con la posibilidad de encomendar específicas funciones de gestión a uno de los administradores mancomunados. En este sentido, se acepta con carácter general que uno de ellos pueda asumir especiales funciones gestoras, incluidas aquéllas que pueden ser otorgadas a un tercero⁶⁴¹. Este rasgo concurre en el cargo de representante, en tanto en él se incluyen todas las tareas de gestión en otra entidad, la sociedad administrada, sin que esta circunstancia afecte a la operativa interna del órgano de la persona jurídica. Una alternativa a lo anterior consistiría en que se apoderara a uno de los administradores mancomunados para el desempeño del cargo de administrador⁶⁴². En todo caso, la decisión corresponde al colegio. Sin embargo, la doctrina se halla dividida entre quienes consideran que la designación requiere la unanimidad de administradores mancomunados y quienes consideran que basta su acuerdo mayoritario⁶⁴³. A nuestro parecer, en la sociedad anónima, los dos administradores mancomunados deben adoptar conjuntamente la decisión. El supuesto problemático se presenta, por tanto, en el caso de varios administradores conjuntos en la S.L., supuesto en el que nos decantamos por la decisión unánime como principio ordenador de este modelo de gestión⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., p. 160.

⁶⁴² Admite esta posibilidad, JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., p. 246.

⁶⁴³ En el primer sentido, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 248. En el segundo, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 232.

⁶⁴⁴ POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, cit., p. 59.

En cuanto al órgano de administración solidario, en él todos sus miembros son titulares individuales del poder de representación. Por tal razón, el supuesto ordinario debería ser la designación de uno de ellos como representante permanente. En concreto, se ha entendido que cada administrador solidario podría designarse a sí mismo o a otro de los titulares orgánicos⁶⁴⁵. Pero, si la designación se opera sin nuevo apoderamiento sobre un representante orgánico, existirán elementos presuntivos de que el cargo se integra en el vínculo preexistente. Por ello, cabe pensar que las partes opten por otorgar nuevo apoderamiento sobre el administrador solidario en los términos ya indicados⁶⁴⁶. Por su parte, la condición de representante permanente puede recaer sobre uno de los administradores privados de poder de representación, en cuyo caso será necesario otorgar un apoderamiento en su favor, posibilidad plenamente admitida en la doctrina⁶⁴⁷. Finalmente, por lo que respecta al administrador único, la posibilidad de que se designe a sí mismo representante plantea los mismos problemas que el otorgamiento de poderes y es que el mantenimiento del sujeto en el cargo dependerá de su propia voluntad. Por esta razón, la decisión debería remitirse a la reunión de los miembros o socios de la persona jurídica⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 348.

⁶⁴⁶ Véase *supra*, en este capítulo, 8.2.4.

⁶⁴⁷ IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., pp. 388-389. MARTÍNEZ SANZ, F., “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima”, cit., pp. 1768-1769. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 230.

⁶⁴⁸ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 17. LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2. Entre nosotros, en cambio, considera que el administrador único puede designarse a sí mismo, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 248.

Por las similitudes con su estatuto jurídico, conviene valorar la posibilidad de que la condición recaiga sobre uno de los liquidadores de la persona jurídica administrador, a partir del supuesto más habitual en que ésta sea una sociedad de capital. En primer lugar, la apertura del periodo de liquidación determina la extinción del poder de representación (art. 274.1 LSC), con lo que desaparece el presupuesto habilitante para el ejercicio del cargo. Por este motivo, la entrada en la liquidación de la sociedad administradora conlleva la extinción del mandato del representante cuando éste recaiga sobre alguno de sus administradores⁶⁴⁹, aunque la persona jurídica mantendría su condición de administrador, en tanto conserva su personalidad jurídica (art. 371.2 LSC).

Iniciada la liquidación y extinto el mandato del representante permanente-administrador, la persona jurídica deberá cesar en el cargo u operar una nueva designación a través de su órgano de representación externa, conformado por los liquidadores. De admitirse la segunda opción, se plantea la disyuntiva entre atribuir el cargo a uno de los liquidadores (incluso a aquella persona física que, como administrador, ostentó esta condición) o a un sujeto distinto. Al estudiar esta cuestión, se ha considerado que las tareas gestoras en otra sociedad son ajenas al ámbito de las operaciones de liquidación y, en tal sentido, debería rechazarse la hipótesis del liquidador-representante permanente⁶⁵⁰. Nos parece que, en todo caso, el argumento permitiría fundar la incompatibilidad entre la liquidación del ente administrador y el mantenimiento del cargo⁶⁵¹. Es más, si la persona jurídica se mantuviera como administrador hasta su extinción, la designación de uno de sus liquidadores para las funciones de representante permanente resultaría más acorde al objeto de esa particular fase. Así, si,

⁶⁴⁹ En la doctrina belga se refiere a una extinción *ipso iure*, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 146.

⁶⁵⁰ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 146.

⁶⁵¹ Hemos rechazado esta interpretación *supra*, Capítulo I, II.2.3.1.

durante la liquidación, las operaciones se circunscriben a las necesarias para completar el cobro de créditos y la satisfacción de deudas, se perfila aconsejable que, durante este periodo interino, no se formalicen nuevos vínculos de los que surjan obligaciones adicionales para la sociedad en liquidación. Así ocurriría si fuera necesario otorgar un apoderamiento en favor de un tercero con el fin de designarlo representante permanente, formalizando este trámite ante notario o, por ejemplo, hubiera de retribuirse al representante por sus funciones. Por otro lado, en la medida en que la personalidad jurídica del ente administrador está llamada a extinguirse una vez concluida la liquidación, el mandato tendrá la misma duración que el propio de los liquidadores.

Por último, ésta es una de las hipótesis en las que el poder de representación procede de un negocio anterior y, por consiguiente, si la extinción de aquél conlleva la desaparición del poder, también se verá extinto el cargo de representante⁶⁵². Aunque la cuestión será analizada en la sede oportuna, debe anticiparse que este problema es exclusivo de la concepción española, basada en la separación entre mandato y poder⁶⁵³.

3. Representante vinculado por una relación laboral (ordinaria o especial de alta dirección) con la persona jurídica

Una tercera constelación es aquélla en que la persona física designada representante mantenga una relación de naturaleza laboral con el ente administrador. La doctrina patria se ha mostrado favorable a esta posibilidad y, en particular, quienes apoyan la teoría de la subsunción no han hallado

⁶⁵² DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2333.

⁶⁵³ En detalle, véase *infra* Capítulo VI, VII.2.2.4.

obstáculo en que la relación laboral funcione como vínculo subyacente al desempeño de las funciones propias del cargo de administrador, de forma que éste quede sujeto a las disposiciones que ordenan el vínculo laboral⁶⁵⁴. También es admitida con carácter general en la doctrina comparada y posee amparo expreso en el artículo 61.2 del *Code des sociétés* belga⁶⁵⁵. Con todo, la doctrina de este país propone la inaplicación de la norma que impone al representante idéntica responsabilidad que a los demás titulares orgánicos, cuando el designado sea un trabajador de la persona jurídica⁶⁵⁶. Por nuestra parte, la subsunción debe ser rechazada cuando el vínculo preexistente carezca de naturaleza representativa, por lo que es necesario analizar las implicaciones de esta posición sobre este concreto supuesto de hecho.

En primer lugar, debe examinarse la compatibilidad entre una relación laboral de carácter ordinario y la condición de representante permanente, cuando ambas concurren en un mismo sujeto. El cargo de representante tiene por objeto el desempeño de tareas gestoras en el órgano de administración de otra sociedad y la actuación en representación de la persona jurídica. El contenido de este cargo trasciende del objeto ordinario de una relación laboral, pero, además, coloca al sujeto bajo dependencia orgánica directa del órgano de administración de la persona jurídica. Al tiempo, lo sitúa en el órgano de una

⁶⁵⁴ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., pp. 248 y 254. JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143; del mismo autor, “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 869. Recientemente, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, cit., p. 462. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 352; en España, quienes sustentan de la teoría de la acumulación de vínculos, patrocinan la aplicación del artículo 1904 CC para aquellos casos en los que el representante acumule una relación laboral con la persona jurídica (p. 393). Por nuestra parte, la tesis que mantenemos descarta la aplicabilidad del mencionado precepto.

⁶⁵⁵ POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 320.

⁶⁵⁶ Nos remitimos a lo expuesto *supra* Capítulo II, III.1.1.B.

sociedad de capital, concediéndole las facultades propias de sus miembros, y lo somete al régimen de responsabilidad propio de tal condición. Al exigírsele plena responsabilidad en el ejercicio del cargo y teniendo en cuenta el alcance de las instrucciones emitidas por el ente gestor, las notas de ajenidad y dependencia del artículo 1.1 ET se ven matizadas. Por este motivo, resulta dudoso que las funciones típicas del cargo de representante puedan quedar subsumidas en el vínculo preexistente cuando éste sea una relación laboral de carácter ordinario. En tales términos, el mandato como representante permanente no puede ser configurado como una relación laboral ordinaria ni quedar subsumido en ella en el caso de que anteceda a la formalización del cargo. En cambio, nada impide que la persona física designada acumule al cargo de representante una relación laboral ordinaria siempre que cada vínculo conserve su autonomía⁶⁵⁷.

También resulta posible que el ejercicio de las funciones propias del cargo quede subsumido en una relación laboral de alta dirección, al concurrir los requisitos del artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En efecto, la persona natural ejercita facultades propias de la titularidad de la empresa, aunque lo haga en la esfera jurídica de la administrada. En su ejercicio, se somete a las directrices del ente. Ello puede producirse, bien porque el designado ostente esta condición en la persona jurídica, bien porque ésta sea la configuración que se dé al negocio en el

⁶⁵⁷ En la doctrina francesa, se ha considerado que la prohibición de doble vínculo no afecta al representante, en la medida en que el cargo se desempeña en sociedades o entidades distintas, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 206. LÈCENE-VILLEMONTAIX, M., POHÉ, D., “L’absorption d’une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance”, AA.VV., *Mélanges en l’honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 357-376, en concreto, p. 371 y nota 33, consideran que el representante puede estar ligado a la persona jurídica por una relación laboral, aunque sin especificar las condiciones de la acumulación.

momento de la designación. La figura del representante presenta dos notas características de esta relación jurídica, a saber, el ejercicio del poder de empresa y un elevado grado de autonomía en el desenvolvimiento de sus funciones⁶⁵⁸. La particularidad radicaría en que, en este caso, tales facultades se desarrollan en el seno de la sociedad administrada. Aun así, el representante queda jerárquicamente subordinado al órgano administrativo del ente gestor. Para configurar la relación jurídica de este modo, bastará con que la persona natural esté dotada de poder de representación⁶⁵⁹.

4. Representante vinculado por otras relaciones mercantiles.

Representante director general de la persona jurídica.

El mandato como representante permanente podrá recaer sobre uno de los representantes voluntarios de la persona jurídica, especialmente, sobre cualquier apoderado general del ente, incluido el director general⁶⁶⁰. Esta constelación guarda cierta similitud con los supuestos en que el representante sea un titular orgánico de la persona jurídica. En ella no se requerirá un nuevo

⁶⁵⁸ SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Madrid, Deusto, 1990, p. 28.

⁶⁵⁹ Sin embargo, éste no es un elemento caracterizador de relación laboral especial de alta dirección, en el sentido de que, para su calificación, no resulta determinante la existencia de un acto formal de apoderamiento. Expresamente, STS de 13 noviembre 1989 [RJ 1989\8044]. En la doctrina, IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 61. JUSTE MENCÍA, J., *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, cit., p. 119.

⁶⁶⁰ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 249. Por su parte, CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, cit., p. 130 consideran esta constelación más ajustada al modelo normativo, lo que puede deberse a que los autores sostienen la autonomía del cargo con respecto a otras relaciones jurídicas acumuladas.

apoderamiento, sino que será suficiente con el acto de designación y la aportación de documento acreditativo del poder en el momento de incorporar la identidad del representante al Registro Mercantil.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El representante del administrador persona jurídica es una institución propia del Derecho de sociedades y presenta una naturaleza jurídica híbrida. Sus particularidades son el resultado de conjugar una doble vertiente fiduciaria, externa e interna. En el plano interno, el Derecho francés, ordenamiento del que procede la figura, concibe el cargo como un mandato representativo. Ello se debe a la preferencia de la dogmática gala por una comprensión unitaria del mandato y el poder de representación. Lo anterior, además, indica que el legislador francés ideó el cargo como un mandato autónomo con respecto a otros vínculos existentes entre la persona física designada y el ente administrador.

Al trasladar estas consideraciones al ordenamiento jurídico español, resulta que la distinción entre los dos planos de la representación, negocio subyacente y poder, modifican los términos de la cuestión. En esta materia, el negocio subyacente tiene por objeto el desempeño de las funciones propias de administrador. Por su parte, el poder de representación es otorgado por la persona jurídica, de conformidad con su normativa reguladora. En este contexto, la Dirección General de los Registros y del Notariado permite que el cargo de representante sea ejercitado al amparo de un poder de representación otorgado a la persona física por razón de un negocio distinto y anterior al que ahora nos ocupa. Esta circunstancia plantea, entre nosotros, el problema de la autonomía del negocio, esto es, el grado de independencia de las funciones de

representante con respecto a otras relaciones existentes entre las partes. Por su parte, esta teoría también obliga a distinguir entre el acto por el que se otorga el poder y el de designación como representante.

La vertiente externa se refiere a las actuaciones con relevancia jurídica frente a terceros desarrolladas por el representante. En ella, se descarta la condición de mero nuncio del representante, pues el artículo 236.5 LSC se opone a que se trate de un mero transmitente de la voluntad del ente. A pesar de ello, el cargo puede ser configurado de esta forma en vía interna, sin eficacia frente a terceros. En cambio, cabe admitir que el representante permanente es, en realidad, un órgano específicamente societario de las personas jurídicas que sean designadas administradoras en las sociedades de capital. El problema de esta calificación es que ninguna norma establece la inoponibilidad de las limitaciones internas al poder de representación del administrador persona jurídica cuando tales restricciones proceden de vicios en la representación otorgada a su representante persona física. Por este motivo, es necesario analizar la compatibilidad del régimen de un único representante permanente con la Primera Directiva de Sociedades.

La Ley de Sociedades de Capital proporciona las notas configuradoras del representante permanente. Debe tratarse, en todo caso, de una persona natural, evitando la creación de estructuras espirales en las que un ente gestor sea, a su vez, representado por otro. Constituye, además, una figura de carácter necesario, pues toda persona jurídica está obligada a designar a su representante al acceder al cargo. Su condición posee carácter exclusivo, de forma que sólo el sujeto designado quedará facultado para ejercitar las funciones propias del cargo en la concreta sociedad. Los gestores mediatos quedarán excluidos de toda actuación con relevancia jurídica externa.

Este régimen debe compatibilizarse con el régimen de representación propio de cada persona jurídica, sobre el que, sin embargo, introduce algunas excepciones. Cuando la administrada es una sociedad de capital, el artículo 234 LSC debe entenderse aplicable al representante permanente. De este modo, cualquier limitación a su poder de representación resulta inoponible ante terceros de buena fe. Ello es así a pesar de que, en este caso, el poder no le haya sido conferido por la propia sociedad administrada, ni sea ésta quien haya introducido la limitación. Como resultado, el ente administrador y su representante no podrán oponer frente a terceros la existencia de vicios en la representación para excusar su responsabilidad. A nuestro entender, esta circunstancia puede ser alegada frente a la sociedad, si ésta conoció o debió conocer el vicio. En el caso de que la administradora sea una sociedad de capital, la designación obligatoria de un representante permanente es compatible con la Primera Directiva porque constituye una limitación de rango legal y, de acuerdo con la doctrina en la materia, éstas pueden limitar el poder de representación de los administradores sociales.

La persona física debe ejercitar el cargo con carácter permanente. Aunque la persona jurídica puede cesar y sustituir a su representante, esta nota limita el libre ejercicio de esta prerrogativa. Como resultado, la sustitución del representante debe ser justificada, tempestiva y no arbitraria. La figura estudiada posee relevancia sustantiva y no exclusivamente registral y presenta un estatuto asimilado al de los administradores sociales. Además, debe entenderse como un cargo formalmente autónomo, que las partes, de común acuerdo, pueden incorporar a otra relación jurídica de contenido representativo. En la doctrina, se han manejado tres teorías principales para el tratamiento de esta cuestión. Una mayoría de autores entiende que el mandato como representante queda subsumido en el negocio jurídico preexistente. El estudio

concluye que este resultado no es automático, pues el vínculo anterior debe tener naturaleza representativa y, además, se requiere acuerdo expreso de las partes o una voluntad implícita de configurar así su relación jurídica. La segunda propuesta doctrinal consiste en remitir la cuestión a la autonomía de la voluntad. Finalmente, es prácticamente unánime la tesis que propone la aplicación de las normas del mandato o la comisión a la relación jurídica.

La propuesta integradora de las tesis doctrinales consiste en establecer una serie de presupuestos indisponibles para las partes. Se trata de las notas fundamentales de la institución. Seguidamente, la autonomía de la voluntad permite configurar el negocio de conformidad con las preferencias de los intervinientes. Así, cabe que el mandato se configure como una relación independiente o quede subsumida en otra relación anterior, de contenido representativo. Finalmente, procederá la aplicación de las normas del mandato o la comisión, según los casos. Con todo, el régimen supletorio se ve notablemente condicionado por la sujeción del representante al estatuto de los administradores, al menos, en su vertiente externa. En primer lugar, se acepta que el representante se someta a las instrucciones del administrador titular, pero su deber de diligencia le exige revisar la compatibilidad de las directrices con el interés social. Si se manifestara una contradicción puntual, el representante podría abstenerse de ejercitar el voto y, en su caso, manifestar la existencia de un conflicto de interés entre el ente administrador y la compañía. En la medida en que la persona jurídica también se somete a los deberes de los administradores, el representante no es responsable frente a su mandante de la falta de seguimiento de instrucciones lesivas para el interés de la administrada. En caso de perpetuarse el conflicto, el representante deberá cesar en el cargo.

El poder de representación del representante debe ser suficiente para desempeñar todas las funciones que, en la concreta sociedad, correspondan a

los administradores. Por consiguiente, la extralimitación o la insuficiencia de poder del representante no son constelaciones plausibles. De verificarse, en la mayoría de casos nos encontraríamos con un incumplimiento de su deber de diligencia por parte del ente administrador, que no habrá realizado un correcto seguimiento del modo en que se desenvuelve el cargo. El régimen societario también limita la sustitución del representante, pues ésta exige el previo cese de la persona designada y la inscripción del sustituto en el Registro Mercantil. Por su parte, se impone el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas al ente administrador que garantice el correcto cumplimiento de los deberes de ambos sujetos. En esta materia, se advierte que algunas obligaciones fiduciarias que el representante posee frente a su mandante no se fundamentan en la norma societaria y, por consiguiente, su contravención no constituye un incumplimiento del deber de diligencia o lealtad como administrador. Entre ellas, destacan la obligación del representante de informar a su principal y la facultad del representante de acceder a los datos relevantes para el correcto ejercicio de su cargo.

Finalmente, el cargo de representante recaerá, habitualmente, sobre un socio o miembro de la persona jurídica, uno de sus titulares orgánicos o una persona vinculada por otras relaciones de naturaleza laboral o mercantil. En el primer supuesto, el designado debe recibir un apoderamiento que lo faculte para desempeñar el cargo. Si el representante fuera un administrador del ente gestor, el negocio puede configurarse como autónomo o quedar recogido el vínculo orgánico. Lo mismo ocurrirá en el caso de que el representante fuera ya beneficiario de un apoderamiento voluntario. El representante puede ser un empleado de la persona jurídica y estar vinculado a ella por una relación laboral ordinaria. Sin embargo, en ningún caso las funciones de representante quedarán

El administrador persona jurídica en las sociedades de capital
subsumidas en aquella relación. En cambio, cabe admitir que el negocio se
configure como una relación laboral especial de alta dirección.

CAPÍTULO VI – ESTATUTO JURÍDICO-SOCIETARIO DEL ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA Y SU REPRESENTANTE

(I)

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

En el capítulo cuarto se ha dejado sentado que el modelo normativo español descansa sobre tres principios generales, recogidos en los artículos 212, 212 *bis* y 236.5 LSC, respectivamente. Se trata del expreso reconocimiento de la institución, seguido de la designación obligatoria de una sola persona física representante. Las anteriores se acompañan de una disposición por la que el estatuto de este último se equipara al propio de los titulares orgánicos. Aunque tales previsiones delimitan el modelo normativo del administrador persona jurídica, en ellas no se agota su estatuto jurídico-societario, ni siquiera el régimen legislado de la institución. Al contrario, definido el supuesto de hecho (*administrador persona jurídica*) y el modelo normativo, el estatuto jurídico de la dualidad de figuras –ente administrador y persona física representante– se somete a lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital. En ella se contienen previsiones cuyo supuesto de hecho normativo es la institución estudiada (por ejemplo, los artículos 212 *bis* 2, 231 o 260 LSC), quedando por lo demás sujetas al régimen propio de todo administrador social⁶⁶¹. Pero esta

⁶⁶¹ En aquellos sistemas que exigen la designación de un representante permanente, la regulación incorpora previsiones específicas para dar respuesta a situaciones concretas tales como la revocación del representante (arts. 212 *bis* LSC, 61.2 *Cds* o L.225-20 *Ccomm*), la asignación de la retribución (art. 260 LSC) o el cómputo de la persona física a efectos de dar cumplimiento a las previsiones en materia de representación equilibrada (L.225-20 *Ccomm*), cuyo análisis se remite a la sede correspondiente.

dualidad, propia de los modelos de influencia francesa, introduce una intersubjetividad en la vocalía orgánica, lo que supone una anomalía desde el punto de vista de aplicación de las normas jurídicas que regulan el órgano de administración.

En tal sentido, se hace necesario, en primer lugar, determinar el fundamento sobre el que descansa la sujeción de cada uno de ellos al consabido régimen. Seguidamente, se propone un examen silogístico consistente en subsumir cada uno de los dos supuestos de hecho (“administrador persona jurídica” y “representante persona física”) en las normas que regulan el estatuto del administrador. En cuanto a la técnica expositiva, una vez comprobada la aplicabilidad de tales normas, se propone completar el análisis respetando el orden de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital, a partir de su Título VI, pero integrando, en todo caso, las experiencias de los ordenamientos comparados francés y belga. Asimismo, el presente capítulo se reserva a los aspectos posicionales (desde el acceso al cargo hasta el cese), así como a las cuestiones relativas a la operativa social y al funcionamiento del órgano. En cambio, el régimen de deberes y responsabilidad merecerá atención separada en el capítulo siguiente. Teniendo en cuenta la dualidad de figuras bajo examen, se ha optado por un análisis en paralelo del régimen aplicable al administrador persona jurídica y a su representante. De este modo, el estudio aspira a resolver específicos problemas hermenéuticos que plantea cada una de las materias, considerando más adecuada esta alternativa metodológica que la consistente en examinar a cada sujeto por separado.

II. PRELIMINAR: APLICABILIDAD DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

El estudio propuesto tiene como premisa la aplicabilidad del estatuto jurídico de los administradores sociales a ambos sujetos, a saber, ente administrador y persona física representante. Lo anterior supone que dos sujetos de Derecho aparecen como destinatarios de normas jurídicas cuyo supuesto de hecho es, por lo general, individual. Como consecuencia de ello, la dualidad plantea un problema previo sobre la aplicabilidad del estatuto jurídico. En particular, procede esclarecer si su aplicación debe ser concurrente o, en cambio, se configura como alternativa⁶⁶². En otros términos, se trata de determinar si cada sujeto queda individualmente sometido a cada una de las disposiciones que ordenan la administración social o la observancia por parte de uno de ellos excluye la sujeción del otro. El análisis aspira a dar respuesta a esta cuestión en relación con las diferentes previsiones normativas respecto a las cuales cabe plantear tal duda interpretativa.

Sin embargo, ya en este momento debe formularse una distinción que coincide con la sistemática propuesta para los capítulos sexto y séptimo. Por lo general, aquellas normas que ordenan el acceso al cargo, imponiendo requisitos o condicionantes -los requisitos subjetivos y las prohibiciones (arts. 212.1 y 213 LSC)- requieren de una previa determinación del destinatario preferente, con el fin de averiguar si su aplicación es concurrente o alternativa. En cambio, aquéllas que imponen una específica obligación de hacer o un parámetro de conducta, anudando una serie de consecuencias jurídicas al supuesto de

⁶⁶² Así, CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, cit., pp. 73-74, aunque en el ordenamiento italiano se plantea una cuestión previa relativa al modelo normativo vigente en este país (p. 75).

contravención, esto es, las relativas a los deberes y responsabilidad de los administradores sociales, serán aplicadas a ambos sujetos.

1. Aplicabilidad al administrador persona jurídica

De conformidad con el artículo 212.1 LSC, tanto las personas jurídicas, como las personas físicas, resultan aptas para ocupar una vocalía orgánica. En cada caso, la aptitud se somete a ulteriores condicionantes de distinto orden (la designación de una persona física como representante, la mayoría de edad o la emancipación). A partir de tal disposición, la persona jurídica quedará sujeta al régimen propio de esta condición, regulado en el Título VI de la Ley de Sociedades de Capital, en los mismos términos que si se tratara de una persona natural. Esta conclusión no necesita ser sancionada expresamente por la norma, sino que es deducible del reconocimiento legal de la figura, así como de la ubicación sistemática del artículo 212 LSC, al inicio del capítulo dedicado a los administradores. El estudio se basa en un principio de plena equiparación del administrador persona jurídica y del administrador persona física: formalizado su nombramiento, la persona jurídica es un titular orgánico como los demás, destinatario de cualesquiera disposiciones dirigidas a los administradores sociales, con independencia de su rango, legal o reglamentario, o de su ubicación sistemática⁶⁶³. Ésta es la *ratio* que debe presidir la indagación en su específico régimen jurídico-societario y el presupuesto hermenéutico de cualquier duda interpretativa que se plantee en relación con la aplicación de la norma al ente administrador.

⁶⁶³ CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 328. JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 142. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 135.

Siendo éste el principio básico, es cierto que la subsunción del supuesto de hecho (persona jurídica) en las reglas relativas a la administración se enfrenta a una serie de dificultades específicas. En primer lugar, algunas de las disposiciones rectoras del órgano plantean problemas de aplicación a sujetos distintos de la persona natural. Por regla general, esta circunstancia se debe a que el supuesto de hecho normativo sólo tuvo en cuenta que el titular fuera una persona física. Teniendo en cuenta que el reconocimiento y posterior desarrollo normativo de la institución es relativamente reciente, puede comprenderse que el supuesto no estuviera presente en la *mens legislatoris* y, en un buen número de casos, la solución hermenéutica no sea clara o unívoca.

En variedad de supuestos, quedará justificada una aplicación *mutatis mutandis* de la norma jurídica que tome en consideración el concreto carácter de cada disposición⁶⁶⁴. En efecto, dependerá de si se trata de un requisito limitativo de acceso al cargo, de una prerrogativa o de una obligación específica o genérica. De otro lado, debe atenderse a las circunstancias subjetivas, esto es, al carácter colectivo del sujeto, así como la presencia de una persona física representante. El estudio conjunto de su estatuto con el propio de su representante aspira a atender a estos supuestos, con el fin de hallar una solución interpretativa respetuosa con la teleología de la norma. Cuando se trate de requisitos subjetivos, y con el fin de evitar una doble exigencia en el cumplimiento de cada uno de ellos, debe identificarse el destinatario preferente. Por su parte, en tanto normas imperativas, las prohibiciones recaen sobre ambos sujetos. No obstante, en relación con los deberes propios del cargo, puede resultar necesario entender cumplida la norma en un espacio temporal diferente, requerir un grado de diligencia distinto o extraer un específico deber exigible al ente, que no se manifiesta cuando el administrador

⁶⁶⁴ HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, cit., p. 193.

es una persona física (por ejemplo, por tener que instruir a su representante o estar obligado a que se le rindan cuentas).

Por otro lado, la concurrencia de un representante no excluye la aplicación de las normas al ente administrador⁶⁶⁵. En efecto, las particularidades que presenta la naturaleza del representante persona física dificultan el establecimiento de criterios claros de imputación al mandante. Lo anterior aconseja partir de la plena sujeción personal del administrador a la norma. A la vez, lo contrario permitiría a los entes administradores eludir la aplicación del régimen jurídico propio de su condición. En el mismo sentido, no es posible interpretar el artículo 236.5 LSC de modo que la sujeción del representante a los requisitos exigibles a los administradores impida su aplicación a la persona jurídica. La función de esta disposición es ampliar el alcance subjetivo del régimen jurídico, pero en ningún caso redimir al ente gestor.

Por último, excepcionalmente, la Ley de Sociedades de Capital dedica previsiones específicas al administrador persona jurídica. Generalmente, el supuesto de hecho contempla circunstancias que sólo se manifiestan cuando el administrador es una persona jurídica (por ejemplo, el artículo 212 *bis* 2 LSC) al tener en cuenta la presencia del representante permanente o la naturaleza colectiva del ente titular. En realidad, la teleología de tales disposiciones y, por consiguiente, la solución material que ofrecen, no se separa de la regla general prevista para los administradores. Por ello, deben ser interpretadas de acuerdo con las particularidades de la institución, pero teniendo presente que los resultados a alcanzar no difieren de los que son propios del administrador persona física. En caso de eventual contradicción, deben ser acogidas como norma especial frente a las normas generales relativas al órgano de administración.

⁶⁶⁵ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143.

2. Aplicabilidad al representante persona física

La sujeción del representante del administrador persona jurídica al estatuto propio de los administradores ha sido una cuestión ampliamente debatida en el modelo español, a diferencia de los ordenamientos tomados como referencia, en los que la designación obligatoria de un representante vino acompañada de una disposición extensiva del régimen de los administradores al representante⁶⁶⁶. Esta solución ha sido incorporada al modelo español con la Ley 31/2014, a través del artículo 236.5 LSC, y, siguiendo parcialmente el ejemplo comparado francés y belga, el precepto exige que el representante cumpla los requisitos legales previstos para los administradores. Además, lo somete a sus mismos deberes, así como a responsabilidad solidaria con la persona jurídica.

La fórmula legal no está exenta de implicaciones que deben ser atendidas. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 236.5 LSC, deben concurrir en la persona física los requisitos legales propios de cualquier administrador, a diferencia de los códigos comparados que se refieren a las condiciones (*conditions*) de acceso al cargo, pero prescindiendo del último adjetivo, legales (arts. L.225-20 *Ccomm* y 61.2 *Cds*). La norma tiene por finalidad sancionar expresamente la aplicabilidad al representante de los presupuestos que debe reunir cualquier persona física para acceder al cargo, evitando que el administrador persona jurídica sea un mecanismo facilitador de su elusión. Por consiguiente, la expresión requisitos legales del artículo 236.5 LSC no debe identificarse con los llamados requisitos subjetivos del artículo 212 LSC, pues éstos tienen un alcance menor al deseado por la norma. En efecto, los requisitos

⁶⁶⁶ Véase *supra* Capítulo III, IV.2.

subjetivos se refieren a la condición de persona física o jurídica del designado, así como a la posible exigencia estatutaria de la condición de socio (art. 212 LSC). Sin embargo, la institución estudiada coincide con el supuesto de hecho del artículo 212.1 *in fine* LSC, lo que obliga a descartar la aplicabilidad del precepto. Y, a la vez, el representante del administrador persona jurídica es, en todo caso, una persona física por mor del artículo 212 *bis* LSC, lo que conduce a idéntica conclusión. El segundo de los llamados requisitos subjetivos es, en realidad, una regla supletoria de heterorganicismo que, además, sugiere una amplia gama de cuestiones que merecen atención separada.

Por consiguiente, los requisitos para ocupar el cargo a los que se refiere el artículo 236.5 LSC no pueden coincidir con el artículo 212 LSC, de modo que el término no puede acogerse en sentido literal. Y es que no parece que el artículo 236.5 LSC remita a la condición de persona física o jurídica del representante ni a la posibilidad de que el cargo recaiga sobre un tercero no socio. En tal sentido, debe entenderse que la remisión incluye, al menos, las prohibiciones del artículo 213 LSC y todos aquellos condicionantes que las normas especiales introduzcan. Los demás requisitos de acceso al cargo consisten en el acuerdo de nombramiento, adoptado por el órgano competente (art. 214.1 LSC) y en la forma prescrita por la ley, así como particulares obligaciones de inscripción y publicidad (art. 215 LSC). Las primeras no resultan aplicables al representante, en tanto, como se verá, la competencia para su designación descansa en la persona jurídica; las segundas lo son por aplicación del artículo 212 *bis* 2 LSC.

La siguiente duda interpretativa de la expresión empleada por el artículo 236.5 LSC reside en si la referencia a los requisitos legales excluye aquellos condicionantes que sean de rango reglamentario (fundamentalmente, las previsiones del Reglamento del Registro Mercantil) o de naturaleza contractual

(a saber, los contenidos en los estatutos o en reglamentos de régimen interno de la sociedad administrada). De nuevo, los condicionantes reglamentarios suelen referirse a la inscripción del nombramiento (por ejemplo, en los artículos 138 y siguientes RRM), materia ya aplicable al representante en virtud del artículo 212 *bis* LSC. Por lo que respecta a los requisitos estatutarios de acceso al cargo que la sociedad imponga a sus administradores, su aplicabilidad al representante no puede ser resuelta de forma apriorística. Por un lado, porque, al añadir condicionantes de orden estatutario, la sociedad puede reducir la libertad del ente administrador para seleccionar a su representante, lo que plantea una difícil tensión entre esta última y el interés social de la administrada, manifestado en su autonomía estatutaria. Por otra parte, la interpretación taxativa del término “legales” del artículo 236.5 LSC excluiría la aplicación de los requisitos estatutarios al representante, reduciendo las posibles interferencias de la sociedad administrada⁶⁶⁷. En esta materia, en la doctrina, se ha afirmado que la aplicabilidad de los requisitos estatutarios al representante permanente sólo puede producirse si los estatutos lo han previsto expresamente, considerando que, en caso de silencio estatutario, prevalece la libertad de designación del ente administrador⁶⁶⁸. Aunque la tesis es coherente con la literalidad de la norma, exige que los socios se anticipen al nombramiento de personas jurídicas como administradores. Por ello, si éstos desearan que el representante respetara los requisitos estatutarios, deberían enmendar los estatutos, adoptando un acuerdo por mayoría reforzada (arts. 199 y 201LSC). En contra de esta interpretación, nos parece más oportuna una postura que minimice la necesidad de adoptar medidas adicionales y, en

⁶⁶⁷ Entre nosotros, se refiere a los *requisitos legales* JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143.

⁶⁶⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., pp. 62-63.

definitiva, preserve la asimilación del supuesto de hecho al del administrador persona física.

A la vista de lo anterior, debe tenerse en cuenta la condición de persona física del representante, pero también su carácter de sujeto simplemente asimilado a los administradores sociales, carente, por lo demás, de vínculo orgánico con la sociedad. Si el fin de la norma es evitar la elusión de los requisitos que, en la concreta sociedad, se exijan para ocupar una vocalía, se propone entender la fórmula en el sentido siguiente: serán aplicables al representante las prohibiciones del artículo 213 LSC, así como aquellos requisitos estatutarios que, por su particular naturaleza no puedan, en ningún caso, ser cumplidos por la persona jurídica administrador. De este modo, en la medida en que resulten aplicables a las personas jurídicas, las prohibiciones recaerán sobre ambos sujetos. Por su parte, los condicionantes estatutarios deben ser reunidos por el ente administrador, salvo que sólo resulten imputables a una persona física (fundamentalmente, aquellos relativos a la edad o, en su caso, a la cualificación profesional)⁶⁶⁹. En tales supuestos, la literalidad del artículo 236.5 LSC cede ante la teleología de la norma, de forma que tales condicionantes deberá reunirlos el representante persona física⁶⁷⁰.

3. Inaplicabilidad a los gestores mediatos

⁶⁶⁹ Así, en la doctrina belga, aunque con distinto razonamiento, se declara la aplicabilidad general de los requisitos estatutarios al representante, POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 316. EYBEN, A-C., "Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion", cit., p. 147. LEROUX, E., "La responsabilité civile de l'administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent", cit., p. 3. Entre los autores franceses, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205.

⁶⁷⁰ Recientemente, se posiciona en nuestro sentido, en referencia al proyectado texto de la SUP, ESTEBAN VELASCO, G., "La Propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae* (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015", cit., p. 159.

En el modelo normativo español, basado en que una sola persona ejercite el cargo, los demás representantes de la persona jurídica, sean orgánicos o voluntarios, escapan a la aplicación del estatuto societario. En efecto, las normas tienen como destinatarios exclusivos al ente colectivo y a la persona física representante. En cambio, cualquier otro sujeto responsable de la gestión y dirección del ente administrador no queda sometido a la regulación ahora examinada. Por su parte, el análisis abordado en los capítulos segundo y tercero ha puesto de manifiesto que los modelos normativos que siguen la línea francesa remiten a un segundo plano la actuación de los gestores mediatos. Siendo esta la pauta general, en relación con tales personas, es necesario diferenciar su actuación a título personal, de aquella que desarrollen como miembros del órgano de la persona jurídica.

Los integrantes del órgano de administración del ente gestor, así como, en su caso, sus miembros, socios o titulares de cuotas, son quienes materialmente adoptan las decisiones que conforman la voluntad del administrador. En tal medida, lo actuado por sus órganos e imputable al propio ente, podría tener relevancia societaria. Asimismo, el cumplimiento de específicos deberes fiduciarios por parte de la persona jurídica requerirá la intervención de estas personas o tomará como referencia la conducta, activa u omisiva, que hayan desarrollado en el seno de la persona jurídica. Sin embargo, el modelo normativo carece de una concreta disposición que establezca la sujeción de los gestores mediatos a los presupuestos, deberes y responsabilidad propios del cargo, como en el caso de la SAS francesa (art. L.227-7 *Ccomm*). El estatuto de los administradores recae, exclusivamente, sobre la persona jurídica en cuya esfera los gestores mediatos desenvuelven su actuación. Y así, sólo en la medida en que aquéllos actúen como órgano del ente deberán observar el cumplimiento de los deberes inherentes a esta condición. No obstante, la

relevancia jurídica de la conducta de tales sujetos debe fijarse en relación con cada concreta manifestación de los deberes anudados al cargo.

Pero, a la vez, tales personas se desenvolverán en su esfera personal, ajena a su condición de miembro del órgano o representante de la persona jurídica. En esta vertiente, los gestores mediatos son considerados personas vinculadas al administrador persona jurídica por el artículo 231.2 LSC. Por consiguiente, quedan sometidos a específicas obligaciones emanadas del deber de lealtad, de forma que determinadas conductas, realizadas a título personal por los sujetos enumerados en el precepto, constituirán infracciones del deber de lealtad por parte del administrador.

III. REQUISITOS SUBJETIVOS

Delimitados el fundamento y alcance subjetivo de su aplicabilidad, cabe iniciar el análisis del estatuto jurídico de las figuras a partir de la subsunción de cada supuesto de hecho en las disposiciones rectoras del estatuto de los administradores. En el Derecho español de sociedades de capital, la expresión requisitos subjetivos hace referencia a dos circunstancias, a saber, la cualidad de persona física o jurídica del administrador (art. 212.1 LSC) y la exigibilidad de la condición de socio para ocupar el cargo. Como es sabido, el autorganicismo depende de si los estatutos sociales han modificado la regla legal supletoria prevista en el artículo 212.2 LSC. Sin embargo, la autonomía estatutaria puede incorporar *ex* artículo 28 LSC otras circunstancias que los candidatos a una vocalía deban observar⁶⁷¹.

⁶⁷¹ EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 7 (1996), pp. 11-30, en concreto, p.16.

En esta materia, las limitaciones pueden referirse a la edad, tanto mínima, como máxima; a requisitos de nacionalidad o domicilio –la residencia en el territorio de la Unión Europea, español o en otro espacio geográfico, generalmente, por referencia al domicilio social–; o a exigencias de corte académico o profesional (una titulación académica o experiencia acreditada en un sector de actividad). Tampoco debe descartarse la exigencia de vínculos de parentesco y afinidad, así como la designación *per relationem*⁶⁷². En cuanto a su formulación, los requisitos pueden ser positivos o negativos, configurándose a modo de exclusiones⁶⁷³. Ante la diversidad de criterios de clasificación, se propone abordar el examen de los requisitos subjetivos con arreglo a un planteamiento tripartito. En primer lugar, se repasan aquellos condicionantes que se refieran exclusivamente a materias relacionadas con la personalidad jurídica o la condición de persona jurídica del titular. Seguidamente, se valoran aquellas circunstancias de exclusiva aplicación a las personas físicas, para a continuación referirse a los requisitos de tipo neutro, susceptibles de recaer, tanto sobre personas físicas, como sobre personas jurídicas.

En esta materia, la doctrina registral vela por que las exigencias estatutarias no restrinjan excesivamente el elenco de sujetos elegibles, afectando a la competencia de la Junta general (art. 160 LSC), ni contravengan los principios configuradores del tipo social⁶⁷⁴. Sin embargo, el grado de afectación que introduce un particular condicionante sólo puede ser determinado *ex casu*. Por este motivo, la validez de los requisitos estatutarios se somete a un test de

⁶⁷² Sobre la práctica notarial en la materia, PÉREZ HEREZA, J., “Los estatutos sociales”, cit. p. 224.

⁶⁷³ RDGRN de 8 de julio de 1999 [RJ\1999\4754].

⁶⁷⁴ FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1058. RUANO BORRELLA, J. P., “Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de junio de 1996”, *RCDI*, 638 (1997), pp. 119-148, en concreto, p. 131.

pertinencia, de forma que serán valorados en relación con cada concreta empresa social y de acuerdo con su posición en el mercado⁶⁷⁵.

En el supuesto que nos ocupa, la libre inserción de requisitos de acceso al cargo no afectará sólo a la discrecionalidad de la Junta general para seleccionar a los titulares orgánicos, sino que, en la medida en que los requisitos estatutarios recaigan sobre el representante permanente, también restringirá la libertad del ente gestor. Cabe trazar cierto paralelismo entre éste y otros supuestos en los que los requisitos de acceso al cargo pueden redundar en perjuicio de otro grupo de interés. En el modelo monista, la excesiva reglamentación puede dificultar el recurso al sistema de representación proporcional por parte de los socios minoritarios. Un problema similar se plantea en los sistemas dualistas de administración, donde las limitaciones de las que se dota la Junta general afectan a la libertad de elección del consejo de vigilancia, núcleo competente para designar a los miembros de la dirección (por ejemplo, en el artículo 39.3 RESE). Sin embargo, en los anteriores ejemplos queda constreñida la discrecionalidad de otro órgano social, mientras que en el supuesto que examinamos se trata de restringir la libertad de los órganos del ente administrador. Por este motivo, la pertinencia de un concreto requisito estatutario no es el resultado de ponderar la interacción entre los órganos, sino el interés social con la libertad de elección de sujetos ajenos a la esfera social.

1. Requisitos subjetivos relativos a las personas jurídicas

⁶⁷⁵ El test de la pertinencia se toma de la doctrina comparada alemana. Así, FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1058.

La institución del administrador persona jurídica se identifica con uno de los presupuestos contemplados en el enunciado normativo del artículo 212 LSC. Se trata de una disposición habilitante que reconoce aptitud a los entes con personalidad jurídica para ocupar la titularidad orgánica. Sin embargo, debe valorarse la incidencia que la autonomía estatutaria pueda proyectar sobre el objeto de estudio.

1.1. Irrelevancia de las habilitaciones estatutarias

Para el nombramiento de una persona jurídica como administrador basta el acuerdo del órgano competente, la Junta general o el consejo de administración, en función del cauce empleado. Por consiguiente, no es necesario que los estatutos incorporen una cláusula habilitante por la que se permita que los administradores sean personas jurídicas, ya que esta posibilidad posee pleno amparo legal. Además, una previsión de tales características sólo reproduciría el contenido del artículo 212.1 LSC, por lo que resultaría prescindible⁶⁷⁶. Tampoco es necesario reiterar las bases del modelo normativo, a saber, la necesidad de designar representante o la sujeción de ambos a responsabilidad solidaria⁶⁷⁷. A pesar de ello, las cláusulas estatutarias que reproduzcan el contenido de la disposición legal pueden presentarse como convenientes en determinadas circunstancias. Por un lado, los estatutos pueden eliminar todo grado de incertidumbre sobre la aplicabilidad de los requisitos subjetivos. A tal efecto, podrían prever que los administradores fueran personas jurídicas y,

⁶⁷⁶ CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 330. Se trataría de una simple incorporación de norma legal al texto estatutario, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, cit., pp. 69-71.

⁶⁷⁷ Lo considera, no obstante, conveniente, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 165.

seguidamente, establecer expresamente que aquellos requisitos que, por su naturaleza, no pueden predicarse de las personas jurídicas, serán exigibles a su representante. En el supuesto excepcional de que se produzca una modificación normativa, poseen la virtualidad de retener una concreta solución permisiva⁶⁷⁸. Ello significa que, en el caso de que una reforma legislativa instaurara una prohibición legal supletoria para las personas jurídicas, de forma similar a lo dispuesto en el artículo 47.1 RESE, la habilitación estatutaria evitaría cualquier duda sobrevenida sobre el particular.

Por otro lado, las cláusulas estatutarias habilitantes de la administración societaria por personas jurídicas resultan convenientes en los ordenamientos que, como el italiano, guardan silencio sobre esta posibilidad⁶⁷⁹. Según se ha analizado, una cláusula de tales características resulta necesaria en las sociedades anónimas europeas, tanto aquellas domiciliadas en España, como en otro Estado miembro favorable a la administración por persona jurídica (art. 47.1 RESE). Por último, debe recordarse que la prohibición legal excluye la posibilidad de que una cláusula estatutaria permita el acceso de personas jurídicas al cargo⁶⁸⁰.

1.2. Rechazo de las exclusiones implícitas

La exclusión de las personas jurídicas como administradores de una sociedad de capital requiere de una disposición estatutaria expresa que

⁶⁷⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, cit., p. 70.

⁶⁷⁹ PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 89.

⁶⁸⁰ SCHNEIDER, U. H., SCHNEIDER, S. H. “§6 GmbHG”, cit., p. 439. TEBBEN, J., “§ 6 GmbHG”, MICHALSKI, L., *GmbHG*, cit. p. 832. GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, cit., p. 567. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 220. Entre nosotros, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 94.

desvirtúe la previsión del artículo 212.1 *in fine* LSC⁶⁸¹. A la vez, si los estatutos recogieran requisitos adicionales de acceso al cargo que sólo resultaran aplicables a personas físicas, éstos no podrán ser interpretados como exclusiones implícitas o indirectas de las personas jurídicas como administradores. En caso de conflicto intrasocietario, puede imaginarse que las disposiciones estatutarias exclusivamente aplicables a personas físicas se utilicen para fundar la impugnación del acuerdo de nombramiento de una persona jurídica (art. 204.1 LSC). Por tal motivo, en atención al reconocimiento expreso que formula el artículo 212.1 LSC y teniendo en cuenta que los requisitos dirigidos a las personas físicas pueden ser exigidos al representante permanente, deben descartarse las prohibiciones implícitas.

1.3. Licitud de las cláusulas estatutarias que excluyan expresamente a las personas jurídicas

El reconocimiento expreso de la institución no es obstáculo a que la autonomía estatutaria limite el acceso de personas jurídicas al órgano de administración de la sociedad. En efecto, resultan plenamente admisibles las prohibiciones estatutarias por las que se excluya del cargo a los entes con personalidad jurídica. Éstas pueden ser formuladas tanto en sentido negativo como positivo, por ejemplo, estableciendo que los administradores serán

⁶⁸¹ En el mismo sentido, NIGRO, A., “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, cit., p. 15. También, CONSIGLIO NOTARILE DEI DISTRETTI RIUNTI DI FIRENZE, PISTOIA E PRATO, *Società amministratrice di società di capitali*, cit., p. 188.

personas físicas⁶⁸². En este último caso, se trataría de reproducir el artículo 7.1 del Anexo I del Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba el modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. Y es que, como otras normas relativas al órgano de administración, la posibilidad de encomendar la gestión a una persona jurídica es sólo una alternativa, pero no debe considerarse una disposición de *ius cogens*. Ahora bien, sobre la base de la plena equiparación de los entes administradores a aquéllos que sean personas físicas, también debería admitirse la cláusula estatutaria por la que se exigiera que todos los miembros del órgano fueran personas jurídicas.

La previsión que excluya a los entes puede estar relacionada con el deseo de los socios de conservar el pleno control sobre la selección de quienes materialmente administren la compañía, evitando así la intervención de representantes permanentes, cuya designación escapa a la sociedad administrada⁶⁸³. Por lo que respecta a su pertinencia, la consabida cláusula introduciría un condicionante de orden subjetivo, pero plenamente objetivable⁶⁸⁴. Las conclusiones alcanzadas en relación con la ausencia de un debate tipológico, permiten afirmar que la condición de persona física o jurídica de los titulares orgánicos es independiente del tipo social⁶⁸⁵. Por

⁶⁸² LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 221. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 732. GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1509. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 95. En Derecho belga, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 165.

⁶⁸³ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 222.

⁶⁸⁴ GALLEGOS SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1508.

⁶⁸⁵ Véase *supra* Capítulo IV, I.

consiguiente, la hipótesis que valoramos resultaría plenamente conforme con los principios configuradores del tipo *ex* artículo 28 LSC, tanto en la sociedad de responsabilidad limitada, como en la sociedad anónima.

1.4. Requisitos exclusivamente aplicables a las personas jurídicas

Otra constelación de cláusulas atípicas se refiere a aquellas disposiciones estatutarias que restrinjan la tipología de personas jurídicas elegibles para el cargo, por ejemplo, a un determinado tipo social. De este modo, podría disponerse que sólo se admitirán las sociedades de capital, con el fin de evitar la multiplicación de posibles sujetos responsables en el caso de que el cargo correspondiera a una sociedad personalista. Tales disposiciones plantearían idénticos problemas que cualesquiera otras cláusulas estatutarias que restrinjan la libertad de los socios para seleccionar a los miembros del órgano. En este particular supuesto, el riesgo radica en que tales cláusulas respondan a maniobras del núcleo de control para predisponer la composición del órgano, seleccionando a personas jurídicas controladas y ajenas a los socios minoritarios o externos, derivando la gestión de la compañía a una tercera entidad, en la que los últimos no intervengan. De nuevo, en tanto se trate de circunstancias objetivables, tales disposiciones resultarán admisibles y el eventual abuso de mayoría deberá resolverse por la vía del artículo 204.1 II LSC.

2. Requisitos subjetivos relativos a personas físicas

Seguidamente, cabe analizar aquellos condicionantes que resulten de exclusiva aplicación a las personas físicas. Y es que, determinados requisitos

estatutarios, tales como las restricciones relativas a la edad, el sexo o la cualificación profesional, resultarán inaplicables a las personas jurídicas. Pero, si se descarta someter al ente, sin dirigir la previsión sobre otro sujeto, el resultado es que la designación de un ente permite eludir los condicionantes estatutarios, pensados para tutelar el interés social. De ser así, resultaría tan sencillo como constituir una sociedad civil o mercantil a la que designar administrador para esquivarlos. Ante tal riesgo, lo oportuno es someter al representante a aquellos requisitos estatutarios que no sean aplicables a las personas jurídicas, incluidos aquí los requerimientos relativos a la cualificación profesional o a la edad mínima o máxima para el ejercicio del cargo⁶⁸⁶. De esta forma, en la fricción entre la libertad de designación del ente titular y el interés social, la primera cede en favor del legítimo interés de la sociedad en la que todos los administradores cumplan con el requisito, bien directamente, bien por aplicación a los representantes permanentes del administrador persona jurídica. Esta solución es consistente con la opinión imperante entre nosotros y también la doctrina comparada es unánime en este punto⁶⁸⁷.

La interpretación ahora propuesta debe conjugarse con la solución ensayada en relación con los requisitos aplicables a las personas jurídicas. Estos últimos no deben restringir de forma impertinente la libertad de seleccionar al representante, por lo que, si el requisito concurre en el ente administrador, su

⁶⁸⁶ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224.

⁶⁸⁷ En España, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2324. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 52. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 65. En Francia, GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 734. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63. En la doctrina belga, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 3. Desechamos la tesis que propone la aplicación de todos los requisitos estatutarios al representante propuesta en EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 147.

cumplimiento no puede también ser exigido al representante. En el caso de aquellos condicionantes estatutarios que no puedan ser acreditados por personas jurídicas, en aras de evitar el fraude a los estatutos, deberá reunirlos la persona natural. En otros términos, la aplicación de los requisitos subjetivos en el supuesto de administrador persona jurídica es alternativa y no complementaria, pues cabe identificar al destinatario preferente y exclusivo de cada uno.

2.1. La edad

Los estatutos sociales pueden incluir un requisito relativo a la edad de los administradores sociales, consistente en un límite mínimo o máximo para ocupar el cargo. En el primer caso, se trataría de elevar la exigencia ya contenida en el artículo 213.1 LSC, sustituyendo al alza el criterio de la mayoría edad o de la emancipación. En todo caso, la mayoría de edad o los dieciséis años, en el caso del menor emancipado, representan un límite inferior indisponible. Por lo que respecta al límite superior, los estatutos podrían fijar una edad máxima a partir de la cual, el administrador debe abandonar la vocalía⁶⁸⁸. Los requisitos relativos a la edad resultan inaplicables a las personas jurídicas, pues no puede aceptarse que se interpreten en relación con su fecha de constitución o de adquisición de la personalidad jurídica, en el caso de que no fueran coincidentes. Por consiguiente, según la interpretación propuesta, las

⁶⁸⁸ Acudiendo a ejemplos comparados, así se prevé en el artículo L.225-19 *Ccomm*, donde salvo disposición estatutaria, dos tercios de los administradores deben tener una edad inferior a 70 años; en el caso alemán, el párrafo 5.1.2 *in fine* DCGK sólo exige que se establezca un límite de edad. Aunque el CBGSC no lo contempla, otros códigos de buen gobierno instan a la sociedad a establecer una edad límite. KORT, M., “§ 76 AktG”, cit., p. 208. FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1057.

cláusulas relativas a la edad máxima o mínima para ejercitar el cargo recaen sobre el representante⁶⁸⁹.

2.2. El sexo

Cabe pensar que el sexo del administrador condicione el acceso al cargo. En el ordenamiento jurídico español, esta cuestión concierne específicamente a las sociedades de determinadas dimensiones. Tradicionalmente, el equilibrio de género sólo afectaba aquellas compañías que no puedan presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, por mor del artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁶⁹⁰. Hoy, las sociedades cotizadas se someten a lo dispuesto en los artículos 529 *bis* 2 LSC, referido al favorecimiento de la diversidad y 529 *quindecies* 3 b) LSC, relativo al objetivo de representación. Sin embargo, cabe tomar en consideración la posibilidad de que no sólo las sociedades cotizadas, sino también de otro perfil, incorporen previsiones de presencia equilibrada en su normativa interna.

En principio, manteniendo la tesis sentada hasta ahora, en tanto el condicionante no puede ser acreditado por el ente titular, debería imputarse a

⁶⁸⁹ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224.

⁶⁹⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, SALA FRANCO, T., BALLESTER PATOR, M^a. A., (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008, pp. 269-354, en concreto, pp. 326-331; PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho mercantil”, *RDM*, 288 (2013), pp. 27-88, en concreto, pp. 51-55. MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad”, *RdS*, 32 (2009), pp. 279-292, en concreto, p. 282. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, MERCADER UGUINA, J. R. (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 435-452, en particular, pp. 441-443.

su representante. Esta posibilidad ha sido contemplada en la doctrina patria y se encuentra expresamente enunciada en el artículo del L.225-20.II del *Code de Commerce*⁶⁹¹. En él se dispone expresamente que el representante computa a los efectos de dar cumplimiento al objetivo de género, fijado en el artículo L. 225-18.1 *Ccomm*. En puridad, se trata de una previsión coherente con el tratamiento que el *Code* brinda al representante permanente, manteniendo su carácter asimilado a los demás titulares orgánicos⁶⁹². Además, el nombramiento de representante en contravención de la referida norma se sanciona con la nulidad, aunque sin afectar a las deliberaciones en las que hubiera intervenido la persona física irregularmente designada (art. 225-18.1 *Ccomm*). Resulta destacable que se establezca la nulidad *ex nunc* del acuerdo de un órgano de la persona jurídica administrador por contrariedad a las normas que regulan la composición del órgano de la administrada.

Sin embargo, junto a la propuesta francesa, se ha sugerido otra solución interpretativa más respetuosa con la facultad de los entes administradores de escoger libremente a sus representantes. Se trataría de calcular la proporción de hombres y mujeres en el órgano computando exclusivamente a aquellos

⁶⁹¹ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, cit., p. 339 y nota 456, aunque manifiesta su preferencia por excluir a las personas jurídicas del cómputo. HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas: (artículo 75 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009, p. 290, siguiendo la interpretación francesa, proponía tomar en consideración a todas las personas físicas que ocuparan cargos en el órgano, incluyendo a los titulares que fueran personas naturales y a los representantes permanentes a efectos de aplicar el artículo 75 LOI. Esta tesis ha sido secundada en LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “La participación de la mujer en los Consejos de Administración de las Sociedades Corporativas”, *RDM*, 278 (2010), pp. 1233-1290, en concreto, p. 1248.

⁶⁹² BEBE EPALE, A., “Réforme de la représentation des femmes et des hommes au sein des conseils d’administration et de surveillance: à la recherche d’un équilibre”, *LPA*, 124 (2011), p. 4.

administradores que fueran personas físicas⁶⁹³. Con ello, los representantes permanentes quedarían excluidos a los efectos de determinar el equilibrio de género en el órgano. El inconveniente de esta tesis es que la sociedad podría evitar designar a personas del género menos representado colocando, en su lugar, a personas jurídicas⁶⁹⁴. Aunque nos decantamos por descartar a los entes administradores del cómputo, la sociedad administrada cuenta con otros medios para incentivar que el ente gestor respete su política en esta materia.

En las sociedades cotizadas españolas, el objetivo de representación que compete elaborar a la comisión de nombramientos debe incluir orientaciones relativas al modo de alcanzar el objetivo propuesto (art. 529 *quindecies* 3 b) LSC)⁶⁹⁵. Deberá tomar en consideración la circunstancia de que, en la concreta sociedad, una o varias personas jurídicas se sienten en el consejo de administración. No se trata de restringir de forma particular la selección del representante que compete a la persona jurídica, sino de que su discrecionalidad se vea cercenada por el cumplimiento general del objetivo de género. Con el fin de dar cumplimiento al artículo 529 *bis* 2 LSC, el consejo debería instar al ente administrador a realizar la designación de su representante de conformidad con los procedimientos de selección instaurados en la sociedad. En su caso, debería animar a que se escogiera a una persona del género menos representado. Por otro lado, para facilitar la aplicación efectiva del objetivo,

⁶⁹³ EMBID IRUJO, J. M., “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, cit., p. 339.

⁶⁹⁴ Así, EMBID IRUJO, J. M., “El significado de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de sociedades”, TOBÍO RIVAS, A. M^a., ALBOR BALTAR, Á. F., TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 147-162, en concreto, p. 160, advertía cierto riesgo de fraude de ley ante la falta de previsión del artículo 75 LOI sobre la posibilidad de que el administrador fuera una persona jurídica.

⁶⁹⁵ En detalle, EMBID IRUJO, J. M., DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2016, pp. 152-154.

resultaría oportuna su incorporación al reglamento del consejo de administración; ello permitiría cuestionar los acuerdos del órgano de administración en los que se aprobara un nombramiento en contra del consabido objetivo⁶⁹⁶.

Si la persona jurídica incumpliera las prescripciones en materia de género, deberá acudir al régimen aplicable a la impugnación sus propios acuerdos. Con todo, la acción de impugnación difícilmente podría fundarse en la contravención de las normas estatutarias de la sociedad administrada. A pesar de ello, los cauces informales de negociación y, en su caso, el cese del administrador, se encuentran a disposición de la compañía gestionada.

2.3. La cualificación profesional

Similares problemas se plantean en relación con la exigencia de una o determinada cualificación profesional a los administradores, por ejemplo, una titulación o experiencia en determinado sector de actividad (asesoría jurídica, contabilidad, auditoría). Siguiendo la pauta marcada, el representante podría acreditar el cumplimiento del requisito, de forma que no resultara exigible al ente administrador⁶⁹⁷. Sin embargo, cabe pensar que el condicionante sea cumplido por el propio ente administrador, por tratarse de la actividad a la que se refiere su objeto social o, por ejemplo, de una sociedad profesional dedicada

⁶⁹⁶ Así, MARTÍNEZ SANZ, F., “La impugnación de acuerdos del consejo de administración por infracción del Reglamento del consejo (art. 251.2 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 839-858, en concreto, p. 848, al tratarse de una de las materias que el CBSGC insta a incluir en el reglamento.

⁶⁹⁷ Se decanta por esta opción, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 204.

al sector de actividad en cuestión. En atención a esta circunstancia, esta categoría de condicionantes puede plantear mayores dificultades que los hasta ahora analizados, aproximándose a aquéllos que hemos denominado neutros. En primer lugar, no cabe que la cualificación o titulación profesional sea exigida a todos los miembros o administradores del ente gestor⁶⁹⁸. Ello se debe a que, en los modelos normativos basados en un único representante permanente, la realidad orgánica de la persona jurídica no es relevante a efectos de aplicar el estatuto jurídico del administrador. El sustrato personal de la persona jurídica puede ser una de las circunstancias a considerar en el momento del nombramiento, pero ello no permite extender a estas personas los requisitos de acceso al cargo.

La duda radica en si debe ser el representante o el propio ente quien acredite la específica cualificación profesional. A nuestro parecer, se trata de una cuestión que admite cierto grado de discrecionalidad por parte de la Junta, salvo que los estatutos especifiquen exactamente el tipo de acreditación que debe presentarse. De ser así, ya hemos manifestado nuestro rechazo a las prohibiciones implícitas del administrador persona jurídica, con lo que bastaría que el representante reuniera el requisito. En cambio, si los estatutos exigen, simplemente, cierta experiencia o aptitud en un sector de actividad, debe entenderse que ello será valorado en el momento de formular el nombramiento. En este contexto, la Junta podrá entender cumplido el requisito, por ejemplo, si se trata de una sociedad profesional dedicada a la actividad en cuestión o si el sustrato personal o patrimonial del ente indica que reúne las capacidades necesarias.

⁶⁹⁸ En la doctrina italiana, propone una aplicación *metaindividual*, no circunscrita al ente gestor, CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 72, aunque no concreta las implicaciones de tal tesis.

2.4. Requisitos estatutarios de exclusiva aplicación al representante del administrador persona jurídica

Una última categoría de cláusulas atípicas estaría constituida por aquellas disposiciones dirigidas exclusivamente al representante permanente. No se trata ya de previsiones aplicables a los titulares orgánicos, personas físicas o jurídicas, sino referidas a la figura prevista en el artículo 212 *bis* LSC. Ya se ha dejado sentado que, en ausencia de previsión específica, debe prevalecer la libertad de elección de la persona jurídica y que ésta solo cede ante el interés de la administrada cuando se trate de requisitos que no puedan ser acreditados por la persona jurídica. En esta ocasión, se plantea si es admisible que los estatutos de la sociedad administrada restrinjan, de forma expresa, la libertad de designación de la persona jurídica, introduciendo nuevos requisitos para el representante permanente, distintos de los que se exijan a los titulares del cargo.

Esta hipótesis permite ilustrar la fricción entre la libertad de elección del ente titular y el interés social en toda su amplitud. Para resolverla debe equilibrarse la tensión entre los artículos 212 *bis* LSC y 143 RRM, que atribuyen la competencia a la persona jurídica para designar al representante, y el artículo 236.5 LSC. Varios argumentos pivotan en favor de la libertad de elección de la persona jurídica. En primer lugar, existe un argumento literal, pues el artículo 236.5 LSC establece que el representante se somete a los requisitos legales exigibles a los administradores, lo que parece excluir los que revistan otra naturaleza. Por su parte, las cláusulas que contemplen requisitos adicionales para el representante pueden afectar a la autonomía organizativa de la persona jurídica. Así será si se ve constreñida a incorporar a personas que cumplan los requisitos exigidos por los estatutos de la sociedad administrada a su esfera jurídica, aunque ello no aporte nuevas capacidades o le obligue a

incurrir en costes imprevistos. Por otro lado, en aquellos modelos normativos en los que la persona jurídica administradora puede desempeñar el cargo a través de su propia estructura organizativa, no se discute que, al atribuir la administración a un ente, la sociedad administrada pierde la posibilidad de intervenir en la selección de las personas que desarrollan efectivamente tales tareas⁶⁹⁹. Trayendo tales postulados a nuestro modelo normativo, la sociedad administrada debería aceptar, como un rasgo básico de la institución, que la incidencia sobre la selección de los representantes permanentes es muy limitada⁷⁰⁰. Según nuestra tesis, la limitación se refiere a la imposibilidad de restringir el universo de sujetos elegibles por vía estatutaria, más allá de imponer el cumplimiento por parte del representante de aquellos condicionantes que, por su naturaleza, no concurren en la persona jurídica.

En los modelos comparados, el representante se somete a idénticos requisitos que si ejerciera en nombre propio, sin concretar si ello incluye sólo los de rango legal o también los de otro tipo⁷⁰¹. Ello significa que el argumento literal relativo a la interpretación del artículo 236.5 LSC es exclusivo del modelo español. Sin embargo, en ninguno de los ordenamientos de referencia la asimilación legitima una discriminación que afecte al representante del administrador persona jurídica, imponiendo a esta figura requisitos adicionales o tornando más oneroso el ejercicio del cargo. En contra de nuestro criterio, se

⁶⁹⁹ BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 62. HOMMELHOFF, P., “Anlegerschutz in der GmbH&Co. KGaA”, cit., p. 20.

⁷⁰⁰ En la doctrina española, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 250. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2953.

⁷⁰¹ ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 735.

ha sostenido que la autonomía de la voluntad ampararía tales limitaciones⁷⁰². A nuestro parecer, se trataría de un catálogo muy restringido de posibilidades, ya que sólo se referirían a aquellos condicionantes diferentes de los ya exigidos para los administradores personas físicas⁷⁰³. Por esta razón, su admisión debería ser excepcional, acotada a requisitos absolutamente objetivables y que superaran el test de pertinencia, por justificarse en razones de interés social (por ejemplo, por existir una limitación análoga para los administradores personas físicas, pero que, a pesar de la interpretación propuesta, no concurriera en los representantes permanentes). Además, la restricción debería estar prevista con carácter general para todo representante permanente y no constituir una solución obstructiva del mantenimiento de una concreta persona jurídica en el cargo.

Con todo, resulta difícil identificar supuestos en los que concurrirían tales parámetros de admisibilidad. Entre las hipótesis imaginables, cabe pensar que la sociedad administrada desee restringir el elenco de vínculos que se establezcan entre el representante y el ente administrador, por ejemplo, exigiendo que el cargo recaiga sobre uno de los administradores del ente o sobre un socio. Se trataría de que los estatutos de la sociedad administrada impusieran un nombramiento *per relationem* del representante, incorporando una previsión similar a la que contempla el artículo 61.2 del *Code des sociétés*. Conviene recordar que, en todo caso, si la sociedad administrada desea que el representante reúna ciertos condicionantes adicionales, su capacidad para cesar

⁷⁰² Con diferente fundamento lo admite HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 62. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2324.

⁷⁰³ GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 735. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 388.

ad nutum al administrador le permite exigirlos *de facto*, aun en ausencia de previsión estatutaria.

3. Requisitos neutros

La tercera y última gama de requisitos exigibles a los administradores sociales se refiere a aquéllos que pueden denominarse neutros, pues se trata de circunstancias que pueden predicarse tanto de personas naturales, como jurídicas.

3.1. La condición de socio

Como es sabido, la Ley de Sociedades de Capital mantiene el heterorganicismo como regla supletoria para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (art. 212.2 LSC). También en esta materia se deja cierto espacio a la autonomía de la voluntad, pues la cláusula que desvirtúe la presunción de heterorganicismo puede añadir distintos condicionantes, a saber, exigir una determinada cuota de capital o cierta antigüedad en la condición de socio.

3.1.1. Heterorganicismo y administrador persona jurídica

La solución legal supletoria, aplicable a todo titular orgánico, se extiende a las personas jurídicas, de modo que no es necesario que un ente con personalidad jurídica ostente la condición de socio para ocupar el cargo de

administrador⁷⁰⁴. Siguiendo la regla general, también en este caso se requiere una cláusula de naturaleza facultativo-sustitutoria para que lo anterior sea exigible a la persona jurídica administrador⁷⁰⁵. En el debate histórico y contemporáneo, la facultad del socio de intervenir directamente en la gestión de la compañía se utilizó en favor de la admisión de la institución: como titular de participaciones o acciones sociales, la persona jurídica se encontraría legitimada para la defensa y promoción de su interés como socia, interviniendo en el órgano gestor⁷⁰⁶. De este modo, desde que es posible la participación de personas jurídicas en el capital de una sociedad, tanto participando en su fundación, como por adquisición derivativa de acciones o participaciones sociales, igualmente posible debe ser su nombramiento para el cargo. Por tanto, de la interpretación conjunta de las dos disposiciones del artículo 212 LSC, resulta que la legislación societaria admite la figura del administrador persona jurídica sin la exigencia de que ésta ostente la condición de socio⁷⁰⁷.

Por otra parte, en el caso de exigirse la condición de socio, deberán tomarse en consideración las disposiciones relativas a la transmisión de acciones o participaciones vigentes en la sociedad (arts. 107 y 120 LSC), así como en materia de acciones propias. Así, por ejemplo, en una sociedad de responsabilidad limitada, por aplicación del régimen legal supletorio, la transmisión de participaciones en favor de una persona jurídica aspirante al cargo de administrador sólo será libre si ésta es calificada como integrante del grupo (art. 107.1 LSC), lo que nos remite a los criterios del artículo 42 Cdc.

⁷⁰⁴ ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 306.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 48.

⁷⁰⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 640. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., pp. 2314-2315.

⁷⁰⁷ La cuestión se ha dejado sentada al analizar el requisito de la personalidad jurídica como elemento definitorio de la institución. Véase *supra* Capítulo I., II.2.1.2.

3.1.2. *Heterorganicismo y representante permanente*

Sentada la aplicabilidad del requisito al ente administrador, puede indagarse en su extensión al representante. Para resolver esta cuestión, cabe acudir al ordenamiento del que es originaria la figura. La cuestión sobre si debía exigirse a la persona natural la tenencia de las acciones establecidas en los estatutos sociales se suscitó bajo la vigencia del principio de autorganicismo imperativo en la *société anonyme* francesa, derogado finalmente por la *Loi sur les nouvelles régulations économiques*⁷⁰⁸. En este país, el criterio unánime es contrario a la exigencia de las llamadas acciones de garantía al representante⁷⁰⁹. Profundizando en los argumentos utilizados en el ordenamiento galo, si la tenencia de acciones o participaciones por los gestores está llamada a favorecer su *affectio societatis*⁷¹⁰, en tanto la subsistencia del cargo de representante depende del ente gestor, basta con que concurra en el titular la condición de socio. Por otra parte, someter al representante a este requisito duplicaría el

⁷⁰⁸ En Francia, la duda interpretativa fue objeto de varias preguntas ministeriales que se decantaron por negar que el requisito debiera cumplirlo el representante. Así, *Journal Officiel de la République Française. Débats Parlementaires, Assemblée Nationale. Questions remises à la présidence de l'Assemblée Nationale*, 1 mars 1969. 3573, pp. 530-531 y *Journal Officiel de la République Française. Débats Parlementaires, Assemblée Nationale*, 2 avril 1971. Sociétés commerciales, 17081, p. 880. En la doctrina, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 206.

⁷⁰⁹ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 734. WAHL, A., “Une société peut-elle être gérante ou administrateur d’une autre société”, cit., p. 300. GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, cit., p. 201. VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, cit., p. 122. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, Mg. 24. A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 25. MAGNIER, V., *Droit de sociétés*, Paris, Dalloz, 2002, p. 253.

⁷¹⁰ LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224. En sentido similar, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 205.

número de acciones o participaciones exigibles a una sola vocalía orgánica⁷¹¹. Lo anterior puede no resultar deseable, ya que reforzaría el poder de decisión del administrador en la Junta general.

Las consideraciones de Derecho comparado resultan plenamente aplicables al caso español. De este modo, si se exige que el representante sea titular de acciones o participaciones, se introduce una restricción sustancial a la libertad de elección de la persona jurídica, que puede incluso quedar suprimida si su régimen de transmisión de participaciones fuera muy restrictivo. En efecto, en caso de que las normas relativas a la enajenación de participaciones sociales impidieran a la persona jurídica ceder una cuota a la persona designada, por quedar fuera de los supuestos de libre transmisibilidad, legal o estatutaria, ello podría impedir al ente dar cumplimiento a su deber legal de designar representante. Además, la tesis que proponemos favorece la concentración del capital en la persona jurídica y evita que su participación se vea diluida, especialmente, si transmitir acciones o participaciones al representante tiene como única finalidad lograr la designación de su representante⁷¹². Por tanto, si el interés social justifica una restricción tan notable de la libertad de elección de la persona jurídica, tal vez resulte más oportuno atribuir las vocalías a personas físicas. Recuérdese que el modelo basado en la designación de un único representante permanente constituye el resultado de un planteamiento notablemente restrictivo en el diseño de la institución del administrador persona jurídica en sede de sociedades capitalistas. En definitiva, a efectos de

⁷¹¹ GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 735.

⁷¹² Como solución a este problema, se ha propuesto la transmisión al representante de una acción o participación, a fin de dar cumplimiento formal al requisito, HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 60.

evitar una invasión de la esfera competencial del ente administrador, es conveniente desechar la aplicabilidad al representante del artículo 212.2 LSC.

3.2. La nacionalidad y el domicilio

Los estatutos pueden establecer que los administradores posean una concreta nacionalidad o tengan su domicilio en territorio español o incluso en el ámbito territorial (municipal, provincial, autonómico) en que la sociedad tenga su domicilio. Entre nosotros no existe una doctrina específica sobre la conveniencia de que el titular del cargo tenga, al menos, su residencia en territorio nacional⁷¹³. Sin embargo, una interpretación tal, aplicada a la institución estudiada, eliminaría ciertas ventajas operativas que la administración societaria por personas jurídicas aporta a los grupos transfronterizos. Además, en tanto el representante persona física cumpliera materialmente con la obligación de dedicación, escasa virtualidad posee la exigencia de que el ente administrador esté establecido en territorio español.

Por consiguiente, salvo que los estatutos sociales incorporen alguna limitación relativa a la nacionalidad o el domicilio de los administradores, nada impide que la designación recaiga sobre una persona jurídica constituida con arreglo al Derecho extranjero o cuyo domicilio social se encuentre fuera del territorio español. En tanto administrador de una sociedad de capital regida por la Ley de Sociedades de Capital, las personas jurídicas extranjeras se encuentran igualmente sujetas al deber de designar a una sola persona física para desempeñar el cargo *ex* artículos 212 *bis* y 143 RRM⁷¹⁴. En cierto número

⁷¹³ En la doctrina alemana, en contra de esta tendencia, FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1056.

⁷¹⁴ LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 6.

de casos, el problema se plantea en punto a la acreditación de la personalidad jurídica en el acceso al Registro Mercantil.

En principio, los requisitos relativos a la nacionalidad o el domicilio resultan aplicables a personas jurídicas. El problema radica en el significado que debe atribuirse a cada una de estas nociones en referencia a entes con personalidad jurídica. Por esta razón, sería conveniente que los estatutos especificaran el significado de esta exigencia, en caso de que la sociedad anticipara que los administradores serán personas jurídicas. Si la finalidad de estos requisitos es facilitar el desempeño de las tareas, asegurando que las personas encargadas estén en contacto con la actividad empresarial o puedan acudir fácilmente al domicilio social, bastaría con que fueran cumplidos por el representante⁷¹⁵.

IV. PROHIBICIONES

La historia legislativa del administrador persona jurídica aparece íntimamente vinculada a las prohibiciones para ocupar el cargo, pues, hasta en dos ocasiones, con el APLSA 1947 y con el APLSA 1979, la legislación de sociedades anónimas proyectó eliminar la figura por esta vía, introduciendo una disposición que excluyera la aptitud de los entes para el cargo⁷¹⁶. Frustrados los sucesivos intentos, en la actualidad, bajo la rúbrica “incompatibilidades”, el artículo 213 LSC recoge una gama de circunstancias diversas y autónomas con respecto a los requisitos subjetivos, cuya aplicabilidad a la institución debe analizarse.

⁷¹⁵ ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 205.

⁷¹⁶ La evolución del régimen legislado y, en concreto, de los intentos de prohibición en nuestro ordenamiento han sido analizados en el Capítulo IV, 2.1.1.1 y 3.2.

En primer lugar, la disciplina legal de las prohibiciones no sólo fue concebida para ser aplicada a personas naturales, sino que, en su redacción original, incorporaba una exclusión expresa para las personas jurídicas. Aunque las reformas legislativas posteriores no han adaptado el catálogo a la situación normativa consolidada con el RRM 1989 y el TRLSA 1989, tampoco esta circunstancia ha sido empleada como argumento para desechar la licitud del administrador persona jurídica, a diferencia, por ejemplo, del ordenamiento italiano⁷¹⁷. Advertida esta circunstancia, el criterio doctrinal unánime y consolidado ya antes de la Ley 31/2014, se muestra favorable a extender las prohibiciones a ambos sujetos⁷¹⁸.

El catálogo de prohibiciones resulta plenamente aplicable, tanto al administrador persona jurídica, como a su representante. A diferencia de los requisitos subjetivos, de carácter dispositivo y que admiten una aplicación alternativa, las prohibiciones contienen normas de *ius cogens*, inderogables por los estatutos y exigibles a los dos sujetos que ocupan la vocalía orgánica. En consecuencia, las prohibiciones son, por lo general, de aplicación concurrente. En consecuencia, no cabe dispensar a uno de los sujetos por el hecho de que el otro cumpla con una concreta disposición. A pesar ello, algunas de las

⁷¹⁷ GUERRA, P., “Può la carica di amministratori di società essere ricoperta da un'altra società?”, cit., p. 697. GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, cit., pp. 100; MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 90.

⁷¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2324. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 51; CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 243. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1381. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 133 y 141. Un sector doctrinal identifica como destinatario preferente al representante, habida cuenta de que las disposiciones del precepto están ideadas para personas físicas, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1507. Compartido, por otra parte, por la doctrina continental comparada EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 147.

previsiones contenidas en el artículo 213 LSC presumen que el administrador es una persona natural. Por consiguiente, el criterio general de la aplicabilidad a ambos sujetos se ve matizado en ciertos casos, resultando necesario identificar al representante como destinatario exclusivo de la norma⁷¹⁹. Así ocurre con las prohibiciones relativas a la minoría de edad, la incapacitación judicial o la pertenencia del sujeto a la Administración Pública o a la Magistratura. Por otro lado, no se advierte supuesto alguno en que la norma resulte de exclusiva aplicación a la persona jurídica, pero no recaiga sobre su representante.

1. La minoría de edad del no emancipado y la incapacitación judicial

Las circunstancias contempladas en el primer inciso del artículo 213 LSC hacen referencia a las dos limitaciones a la capacidad de obrar del Derecho común, a saber, la minoría de edad y la ausencia de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma. Por su propia naturaleza, se refieren, con carácter exclusivo, a personas físicas. En consecuencia, queda excluida su exigencia al administrador persona jurídica, pero no así a su representante permanente. Aunque es sabido que el Código Civil sitúa la mayoría de edad en los dieciocho años cumplidos (art. 315 C.C.), cabe la designación como representante permanente de un menor emancipado, del mismo modo que resulta posible designarlo administrador, según la interpretación *a contrario* de la primera

⁷¹⁹ Advirtiendo la inaplicabilidad de algunas prohibiciones, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, p. 2323. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1507.

disposición contenida en el artículo 213.1 LSC⁷²⁰. Con esta tesis, la capacidad exigida a la persona física para ejercer las funciones propias del cargo es idéntica a la requerida para el mandatario (art. 1716 C.C.), capacidad que se reconduce a la propia del apoderado⁷²¹. Teniendo en cuenta la distinción entre designación y apoderamiento del representante permanente, la coincidencia evita fricciones relativas a la capacidad del sujeto. Por lo que respecta a la incapacitación judicial, constituye ésta una institución civil sólo aplicable a las personas físicas, teniendo en cuenta que debe ser declarada por sentencia cuando concurren las causas legalmente establecidas (art. 199 C.C.). Se trata de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona física gobernarse por sí misma.

2. La inhabilitación conforme a la Ley Concursal

Como es sabido, la inhabilitación constituye una de las sanciones que la sentencia de calificación del concurso culpable impone a las personas afectadas por la calificación (art. 172.2 LC). De conformidad con el artículo 172.1 LC, se trata de aquellos sujetos, personas físicas o jurídicas, que hubieran contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor persona jurídica, cuyo concurso sea declarado culpable. El referido precepto

⁷²⁰ A pesar de las reservas iniciales del centro directivo, manifestadas en la RDGRN de 24 de febrero de 1986 [RJ 1986\1017]; PÉREZ DE CASTRO, N., “Designación de un menor emancipado como administrador de una sociedad anónima”, *RJC*, 86-3 (1987), pp. 719-734, en particular, pp. 732-33. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., cit., p. 73. En expresa referencia al representante del administrador persona jurídica, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 243; HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 197.

⁷²¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 142. ÁVILA NAVARRO, P., *La representación con poder. Estudio de Derecho notarial y registral*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 32-34.

incluye en esta categoría a los administradores y liquidadores de hecho y de derecho y al apoderado general del deudor persona jurídica, así como a quienes hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. En tanto la legislación aplicable al deudor persona jurídica admita que los referidos cargos sean también ejercidos por personas jurídicas, la prohibición analizada podrá igualmente proyectarse sobre la persona jurídica que, desde entonces, no podrá ser designada administrador⁷²². La inhabilitación concursal también excluye a las personas físicas del cargo de representante permanente de un administrador persona jurídica, de acuerdo con una interpretación del artículo 236.5 LSC consistente con lo hasta aquí expuesto. Por otro lado, la sentencia de calificación que condene a la inhabilitación puede recaer tanto antes del nombramiento como administrador o la atribución de la condición de representante, como durante el ejercicio efectivo del cargo, con las consecuencias propias de este supuesto.

En este contexto, conviene referirse a la posibilidad de que una persona jurídica resulte inhabilitada, no ya como administrador titular del deudor concursado, sino en el caso de que ella misma se someta al procedimiento de insolvencia, pues la sanción la excluirá del cargo de administrador. La Ley Concursal ha propiciado opiniones contrapuestas sobre la inhabilitación del deudor y, en particular, cuando éste sea una persona jurídica. Por un lado, se ha considerado que el propio deudor no resulta inhabilitado en el concurso culpable, pues esta sanción sólo recae sobre las personas afectadas por la calificación⁷²³. Por su parte, algunos autores prefieren distinguir según el

⁷²² MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 269.

⁷²³ Consideran que *de lege data* la inhabilitación no recae sobre el deudor *ex* artículo 172 LC, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *La calificación del concurso*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, p. 116 y nota 16. En el mismo sentido se pronuncia en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Artículo 172. Sentencia de calificación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á.

deudor sea una persona física o jurídica. A su entender, la inhabilitación sólo recae sobre la persona natural deudora y sobre las personas afectadas por la calificación, pero no afecta al deudor persona jurídica⁷²⁴.

La cautela en la inhabilitación de las personas jurídicas se debe a los efectos de esta sanción sobre su subsistencia en el tráfico. El inhabilitado queda privado de la facultad de administrar patrimonios y representar a terceros, así como de la capacidad para ejercitar el comercio e intervenir en la administración de compañías mercantiles (arts. 172.2.2 LC y 13 Cdc). Como consecuencia de la inhabilitación, el ente no resultaría apto para ejercitar cargos de gestión, incluido el que nos ocupa. Pero, además, si su objeto fuera mercantil, la sanción le impediría llevarlo a término. Por este motivo, se ha considerado que la inhabilitación sitúa a la persona jurídica en causa de disolución *ex art. 363.1.c) LSC*⁷²⁵. Puede compartirse que, en la persona jurídica inhabilitada concurre, al menos, uno de los presupuestos de la causa de disolución enunciada en el apartado c) del artículo 363.1 LSC. Ahora bien, el supuesto de hecho de la norma sólo se manifiesta si la referida imposibilidad

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLA, A. B. (coord.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, Civitas, 2004, pp. 2574-2602, en concreto, p. 2589. Como propuesta *de lege ferenda*, GARCÍA VICENTE, J. R., “La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso”, cit., p. 186, insta al legislador a extender la sanción al deudor. También considera ésta la respuesta *de lege data*, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles”, AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 457-489, en concreto, p. 476

⁷²⁴ MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable*, Madrid, Civitas, 2006, p. 170. ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., “La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación”, *RDCP*, 14 (2011), pp. 97-105, en particular, p. 104.

⁷²⁵ En este sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión subjetiva de los efectos de la calificación culpable del concurso de sociedades administradas por una persona jurídica”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 331-372, en concreto, p. 355. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles”, cit., p. 483 relaciona la inhabilitación con la aplicación del artículo 13.2 Cdc y, consiguientemente, la disolución de la persona jurídica administrador inhabilitada.

es manifiesta. Este carácter puede valorarse en función del alcance temporal del impedimento, por ejemplo, no constituiría causa de disolución la falta de percepción transitoria de beneficios por parte de la compañía⁷²⁶. En la hipótesis analizada, aunque la inhabilitación constituye una vicisitud transitoria, limitada al lapso temporal establecido por la sentencia de calificación, éste puede alcanzar los quince años (art. 172.2.2 LC). En atención a lo anterior, la inhabilitación del deudor persona jurídica apuntaría en contra del principio de conservación de la empresa, eliminando las implicaciones favorables de la conclusión del concurso a través de convenio⁷²⁷. En función de la relevancia del ente en el tráfico económico, la *disqualification* de determinadas personas jurídicas (piénsese en las entidades de crédito a quienes se imputara la condición de administrador de hecho), conllevaría consecuencias indeseables para el propio sistema económico.

Por otro lado, cabe pensar que la causa de disolución pudiera ser removida a partir de una modificación del objeto social, al amparo del artículo 365.2 LSC, por ejemplo, convirtiendo a la sociedad inhabilitada en *holding* de una tercera sociedad dedicada al ejercicio efectivo de la actividad. En el mismo sentido, quienes controlen al ente podrían decidir disolver y liquidar a la persona jurídica inhabilitada e iniciar la actividad empresarial por otro cauce⁷²⁸.

⁷²⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *La disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas, 1997, p. 10.

⁷²⁷ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles”, cit., p. 483. Igualmente, considera que el cumplimiento del convenio sería incompatible con la prohibición de ejercer el comercio ALCOVER GARAU, G., “Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal”, cit., p. 494, en el caso de concurso de persona física, pero lo mismo en el de persona jurídica.

⁷²⁸ En esta línea, se ha considerado que esta hipótesis convierte la inhabilitación en un remedio de corte formal, sin consecuencias sustantivas, pues favorece el llamado síndrome del fénix: la disolución del ente inhabilitado y la constitución *ex novo* de otra persona jurídica a través de la que se pueda llevar a cabo la actividad. ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and

Ante tales riesgos, la inhabilitación de concretas personas físicas parece el remedio más adecuado, a fin de evitar que la sanción carezca de consecuencias sustantivas o favorezca el fraude de ley⁷²⁹. Las anteriores consideraciones nos llevan a posicionarnos junto a quienes proponen que la sanción se dirija sólo a las personas afectadas por la calificación, con exclusión del deudor y, *de lege data*, ello incluirá a personas naturales, así como a entes con personalidad jurídica que ostenten las funciones tipificadas en la norma.

Cuando el administrador sea una persona jurídica y, como tal, posible afectado por la calificación *ex* artículo 172 LC, parece recomendable que el juez tome en consideración la gravedad de los hechos y los perjuicios imputables al ente gestor, según le permite el artículo 172.2 LC, teniendo presente que la sanción concursal puede propiciar su desaparición. Es probable que lo conveniente sea dirigir la sanción hacia el representante o, en su caso, hacia los gestores mediatos como administradores de hecho⁷³⁰. A estos efectos, el juzgador deberá valorar si resulta conveniente que la sentencia de calificación permita al inhabilitado continuar al frente de la administración, de acuerdo con el artículo 172.2.2.II LC. A la vista de lo anterior, resulta que las consecuencias del concurso de la sociedad administrada desincentivan el emplazamiento de personas jurídicas en el cargo, especialmente, de aquellas cuya subsistencia formal en el tráfico resulte esencial⁷³¹.

Employment Act 2015”, cit., p. 204. CAMPBELL, N. R., “Liability as shadow director”, cit., p. 612.

⁷²⁹ En la doctrina comparada, ante el riesgo de aislamiento de los gestores mediatos se proponía incorporarlos al enunciado normativo en la CDDA 1986 (art. 172.2 LC, en el caso español). Así, CAMPBELL, N. R., “Liability as shadow director”, cit., p. 614.

⁷³⁰ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles”, cit., pp. 484-485.

⁷³¹ Indicación ya anticipada por DAVIES, P. L., *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 7ª ed., cit., p. 308.

3. Las condenas por determinados delitos

Tras la Ley Orgánica 5/2010, las personas jurídicas pueden ser declaradas penalmente responsables en el ordenamiento jurídico español. Desde esa fecha, la prohibición resultará aplicable indistintamente a personas físicas y jurídicas. Sin embargo, la responsabilidad penal de las segundas sólo será declarada en los casos en que se dispone expresamente en el Código Penal. Ello incluye todos los delitos contemplados en el artículo 213 LSC a excepción de los que atentan contra la libertad o contra la Administración de justicia, que no resultan aplicables a las personas jurídicas⁷³². Por su parte, la persona natural condenada por cualquiera de los delitos que menciona la disposición quedará apartado de su cargo o impedida de acceder a las funciones.

4. La falta de capacidad para ejercer el comercio

La última de las prohibiciones recogidas en el primer párrafo del artículo 213 LSC se refiere a la falta de capacidad para el ejercicio del comercio. La causa incluye a las personas inhabilitadas (art. 13 Cdc), aunque éstas ya se encontraban excluidas en virtud de una cláusula anterior del precepto. En relación con los administradores que sean personas jurídicas, esta prohibición abre el debate sobre la exigencia de que el ente sea comerciante o, al menos, su objeto sea de naturaleza mercantil. Entre nosotros, la doctrina mayoritaria niega la condición de comerciante del administrador, pues ésta sólo corresponde a la sociedad administrada⁷³³. Sobre este argumento, no es

⁷³² HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 145.

⁷³³ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 861. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 213. Incompatibilidades”, cit., p. 15112. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los*

necesario que la persona jurídica sea comerciante, bastando que el cargo resulte compatible con su objeto, en los términos propuestos en la sede oportuna⁷³⁴.

5. Funcionarios, jueces y magistrados al servicio de la Administración pública. Otras incompatibilidades legales

Las prohibiciones referidas a los funcionarios, jueces y magistrados son, en realidad, incompatibilidades legales⁷³⁵. Todas ellas resultan de exclusiva aplicación a personas físicas, por lo que sólo recaerán sobre el representante permanente. En tal sentido, esta disposición no permite fundar una incompatibilidad legal para las entidades integrantes de la Administración pública. Por otro lado, la legislación societaria utiliza esta disposición como cajón de sastre a través del cual reconducir a prohibiciones *ex* artículo 213 LSC todas aquellas circunstancias que una norma jurídica prevea como incompatibles con la vocalía orgánica. Entre ellas, destaca la incompatibilidad entre el cargo de auditor y el de administrador de la sociedad, establecida en el artículo 16.1.a) 1º de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas,

administradores en las sociedades de capital, cit., p. 72, se refiere al ejercicio del comercio en nombre ajeno.

⁷³⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 861. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 244. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 147. En cambio, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., pp. 2323-2324 considera inaplicable esta previsión a las personas jurídicas, lo que probablemente se funde en una comprensión, más o menos extendida, de la noción de capacidad de las personas jurídicas y que, sin embargo, no puede compartirse.

⁷³⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, Civitas, 2004, pp. 3240-3257, en concreto, p. 3246.

que se extenderá, tanto a personas naturales, como a entidades con personalidad jurídica.

V. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA OCUPAR EL CARGO DE ADMINISTRADOR

La presencia de dos sujetos, el representante y el ente titular, introduce algunos matices sobre las consecuencias del incumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo de administrador. Esta circunstancia puede ser originaria, es decir, afectar al propio acuerdo por el que cada uno de ellos asume su cargo o, en cambio, aparecer de forma sobrevenida. Además, puede referirse a requisitos legales o a aquellas circunstancias adicionales que se hayan incorporado a los estatutos. Entre nosotros, no existe una disciplina unitaria sobre el tratamiento que merece la inobservancia de los presupuestos subjetivos. Contamos, únicamente, con el artículo 224 LSC, exclusivamente previsto para la sociedad anónima, en el que se prevé el cese del administrador incurso en prohibición, así como el de toda persona con intereses opuestos a la sociedad⁷³⁶.

1. Incumplimiento por la persona jurídica administrador

El incumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo por parte de un administrador persona jurídica debe recibir idéntico tratamiento que el de los titulares que sean personas físicas. Para el caso de contravención originaria,

⁷³⁶ Por otro lado, no existen argumentos que justifiquen que los supuestos especiales de cese *ex* artículo 224 de la Ley de Sociedades de Capital se apliquen exclusivamente a la sociedad anónima. En tal medida, debe acogerse la interpretación que patrocina su extensión analógica a las sociedades de responsabilidad limitada, MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 58”, cit., p. 754.

con carácter previo a la Ley 31/2014, se consideró que sólo el nombramiento operado en contra de las prohibiciones legales (art. 213 LSC) debía reputarse nulo, mientras que el desconocimiento de requisitos estatutarios nos remitía a la anulabilidad⁷³⁷. Unificadas ambas categorías en el régimen de impugnación de acuerdos por la Ley 31/2014, todo acuerdo social que se oponga a un requisito o prohibición legal o estatutaria debe reputarse impugnabile (art. 204.1 LSC)⁷³⁸.

En el caso de que el incumplimiento se produzca de forma sobrevenida, la Ley de Sociedades de Capital sólo prevé la extinción del mandato cuando el ente esté incurso en prohibición legal. De ser así, debe ser inmediatamente cesado por la Junta, a solicitud de cualquier accionista (art. 224.1 LSC). La solución no se circunscribe a las prohibiciones del artículo 213 LSC, sino a cualesquiera disposiciones legales que impidan la subsistencia del mandato, aunque en la mayoría de supuestos se tratará de incompatibilidades legales, reconducibles al artículo 213.2 *in fine* LSC. Sin embargo, el artículo 224.1 LSC

⁷³⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 152. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 213. Prohibiciones”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1512-1525, en particular, p. 1518. Antes de la reforma, MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 58”, cit., p. 750 consideraba el acuerdo, simplemente, impugnabile.

⁷³⁸ Con esta afirmación, acogemos la postura que considera impugnables los nombramientos operados en contravención legal, solución que se acumula a la prevista en el artículo 224.1 LSC. La diferencia entre ellas es que, mientras que la primera constituirá una facultad de los legitimados activos para impugnar los acuerdos sociales, la segunda aparecerá como una obligación de la Junta general. Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 706-707. ALCALÁ DÍAZ, M^a. Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, cit., p. 301. GUERRA MARTÍN, G., “El nombramiento de administrador incurso en causa de prohibición legal y su incidencia en los acuerdos adoptados por el consejo de administración con su participación”, *RdS*, 42 (2014), pp. 199-207, concreto, pp. 201-202. En contra, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 253-254. A nuestro entender, cuestión distinta es que los acuerdos subsiguientes no resulten impugnables con apoyo en la participación de un administrador indebidamente nombrado, por aplicación de la prueba de resistencia *ex* artículo 204.1.3.c) LSC.

no ha impedido que algunos autores mantengan el cese *ipso iure* del administrador afectado por la prohibición, de forma que la infracción de norma legal conllevaría el cese automático en el cargo⁷³⁹. De ser así, la intervención de la Junta tendría por finalidad formalizar el cese y acordar un nuevo nombramiento. También sería de utilidad para apartar al administrador que se mantuviera en su puesto, a pesar de conocer la concurrencia de la prohibición. En esta constelación se situaría la pérdida de personalidad jurídica por parte del ente gestor. En efecto, aunque esta cuestión no se contiene en el artículo 213 LSC, sino en el artículo 212.1 LSC, existe una prohibición legal para los entes carentes de personalidad, por lo que la desaparición sobrevenida del requisito subjetivo merece idéntico tratamiento que la incursión en alguna de las circunstancias del artículo 213 LSC.

Restaría la duda sobre las consecuencias de la infracción sobrevenida de un requisito estatutario. En esta hipótesis, se abren varias posibilidades. La primera consistiría en proponer una ampliación analógica del artículo 224.1 LSC, extendiendo la solución a las prohibiciones estatutarias. A favor de esta tesis cabría mantener que, si la infracción originaria de requisitos de aptitud recibe un tratamiento idéntico, con independencia de si se contraviene una previsión legal o estatutaria, a saber, la impugnación del acuerdo (art. 204.1 LSC), también la infracción sobrevenida debería seguir el mismo destino. En contra de esta postura aparece el tenor literal del precepto, referido exclusivamente a las prohibiciones legales. Por otro lado, la facultad de cese

⁷³⁹ Afirman que la causa opera desde que recae la circunstancia, GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., p. 176. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., cit., p. 636, considera que el propio órgano podría confirmar el cese, sin necesidad de intervención de la Junta general. Esta concepción está presente en la doctrina alemana. Así, FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1056. En contra, LÓPEZ DE MEDRANO Y VILLAR DE SAAVEDRA, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 203.

ad nutum del administrador se encuentra a disposición de la Junta general *ex* artículo 223.1 LSC. Por ello, resultaría que la Junta puede cesar al administrador cuyo mantenimiento en el cargo contraviene los estatutos sociales. Pero esta posibilidad se configura como una prerrogativa de los socios que, al contrario, podrían optar por una modificación estatutaria que eliminara el requisito incumplido por el sujeto en cuestión. Mientras que en el caso de prohibiciones legales la Junta debe acordar el cese, al tratarse de requisitos estatutarios, el órgano goza de cierto margen discrecional. En todo caso, el supuesto indica una contravención estatutaria que no debe identificarse con el desconocimiento transitorio de los estatutos sociales⁷⁴⁰.

2. Incumplimiento por el representante

La designación del representante compete a la persona jurídica administradora. En consecuencia, el acuerdo por el que este sujeto accede al cargo no constituye una manifestación de voluntad de la sociedad administrada. De ello se deduce que el régimen de impugnación de tal acuerdo dependerá del tipo de persona jurídica administradora. Y así, si la persona natural escogida no reúne alguno de los requisitos legales, no nos encontraremos ante un acuerdo impugnabile en los mismos términos que cualquier otro acto de la Junta general de la sociedad administrada. En cambio, según la norma aplicable, es probable que el acuerdo pueda impugnarse con fundamento en la

⁷⁴⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVARDE, E., SÁNCHEZ CALERO, F. (coords.), *Derecho de sociedades anónimas [en homenaje al Prof. Dr. D. José Girón Tena]*, t. I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 15-110, en concreto, pp. 75 y 77; CAMPINS VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, *RDM*, 242 (2001), pp. 1685-1710, en concreto, pp. 1687-1688.

contravención de una norma legal, el artículo 236.5 LSC, por el que se exige que el representante reúna los requisitos legales necesarios para ser administrador.

Sin embargo, el tenor literal de la norma sugiere que el representante no precisa cumplir con los requisitos de corte estatutario, por lo que sería necesario fundar la acción en una interpretación correctora de la norma, que incorporara las consideraciones ya vertidas. En todo caso, la sociedad administrada, los demás administradores y los socios facultados para impugnar los acuerdos de la administrada serán titulares de un interés legítimo que les concedería legitimación activa para cuestionar el acto de designación, suponiendo que el régimen aplicable contuviera una previsión análoga al artículo 206.1 LSC. Además, la designación de un representante en infracción de requisitos legales, prohibiciones o condicionantes estatutarios constituye un acto del ente administrador en incumplimiento de normas legales o estatutarias y, por consiguiente, una posible fuente de responsabilidad para la persona jurídica.

Por lo que respecta al incumplimiento sobrevenido, cabe extraer una obligación de la persona jurídica administrador de velar por la idoneidad de su representante a lo largo del mandato. Y es que, como cualquier administrador, el representante debe mantener las condiciones exigidas para ocupar el cargo durante el tiempo que permanezca en él⁷⁴¹. Teleológicamente, el artículo 224.1 LSC debería afectar también al representante, por mor de lo previsto en el artículo 236.5 LSC. Pero el obstáculo a su aplicación extensiva radica en que la Junta general carece de competencia para acordar el cese de esta persona. Además, si nos fijamos en el apartado segundo del artículo 224.2 LSC, en él se atribuye competencia a la Junta general para acordar el cese de “cualquier persona” con intereses opuestos a la sociedad. La norma obstaculiza la

⁷⁴¹ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 147.

subsistencia de aquellos mandatos lesivos para el interés social, se trate o no de titulares orgánicos. Sin embargo, esta referencia no se incluye en el apartado anterior del precepto, por lo que no cabría extrapolar la solución al representante.

En otros términos, el supuesto de representante incurso en prohibición no es subsumible en el artículo 224.2 LSC, en tanto esta cuestión no es susceptible de apreciación discrecional por la Junta general ni puede referirse a sujetos distintos del titular orgánico⁷⁴². En cambio, puede aceptarse que la prohibición opere *ipso iure* sobre el mandato del representante y que, desde entonces, la persona jurídica deba adoptar las medidas oportunas para sustituirlo⁷⁴³. La sociedad podrá instar a su administrador a cambiar de representante a la mayor brevedad y, en todo caso, estará facultada para cesarlo, en caso de perpetuarse esta situación⁷⁴⁴. En este delicado momento, ente administrador y persona física deberán extremar la diligencia a fin de minimizar las actuaciones en que intervenga el sujeto incurso en prohibición. Por su parte, la extinción del mandato de la persona física no determina el cese de la persona jurídica administrador⁷⁴⁵.

⁷⁴² Apartándose de la interpretación que proponemos se ha considerado que el incumplimiento por parte del representante debe asimilarse al del ente titular. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 295, lo que impondría a la Junta la obligación de apartar a la persona jurídica, solución que la autora defiende sólo si el administrador conoció la situación (p. 296).

⁷⁴³ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 147.

⁷⁴⁴ Esta es la solución generalizada en la doctrina, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., pp. 2333-2334. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 255. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1507.

⁷⁴⁵ GARRIDO ESPA, L., “Capacidad y prohibiciones”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 663-678, en concreto, p. 667.

VI. NOMBRAMIENTO

Los aspectos posicionales sufren alteraciones del régimen jurídico ordinario cuando el candidato al órgano es una persona jurídica. Éstas se derivan, fundamentalmente, de dos circunstancias, a saber, la naturaleza colectiva del titular del cargo y la presencia de un tercer sujeto, el representante permanente. Con respecto al nombramiento, es necesaria una precisión terminológica, pues tanto la Ley de Sociedades de Capital, como el Reglamento del Registro Mercantil utilizan términos diferentes para referirse al acceso al cargo por parte del administrador y de su representante. El acto por el que cualquier administrador asume una vocalía se denomina *nombramiento* (arts. 214 y 215 LSC), mientras que el término *designación* se reserva en la ley para la atribución de su cargo al representante permanente representante permanente (art. 212 *bis* LSC).

1. El nombramiento del administrador persona jurídica

Como cualquier administrador, también las personas jurídicas acceden al cargo, por regla general, a través del nombramiento por la Junta general, según lo dispuesto en el artículo 214 LSC. Ello requerirá el acuerdo correspondiente, adoptado por mayoría ordinaria o la superior fijada en los estatutos (arts. 214.1 y 160.1 LSC). Igualmente aptos resultan los mecanismos extraordinarios, cooptación y sistema de representación proporcional, para formalizar el nombramiento de un ente como administrador (arts. 243 y 244 LSC).

1.1. Aceptación

La aceptación del administrador persona jurídica se rige por lo dispuesto en los artículos 214.3 LSC y 141 RRM, siendo éste el momento a partir del cual el nombramiento produce efectos⁷⁴⁶. Con la aceptación queda formalizada la relación orgánico-contractual que vincula al ente y a la sociedad, pues la designación de una persona física como representante no debe considerarse requisito de validez del nombramiento. Con todo, el *iter* procedimental desde que la sociedad emite su oferta contractual de nombramiento, hasta que se formaliza la inscripción, se ve condicionado por la naturaleza colectiva del ente administrador. Este extremo obliga a valorar la competencia, así como la forma en que se emite la aceptación.

1.1.1. Competencia para la aceptación

Como es sabido, la aceptación del cargo puede producirse de forma simultánea al nombramiento, pero la legislación societaria conoce también el supuesto en que tales actos no sean coincidentes en tiempo y forma, según indica el artículo 142.1.II RRM. En el acto social de la administrada en el que se nombre al ente, es lógico que intervenga una sola persona en representación del segundo, con el fin de manifestar su aceptación. Así ocurrirá en el supuesto de que la persona jurídica sea nombrada por la Junta general, pero también en el acto de constitución de la sociedad, si una persona jurídica fuera uno de los primeros administradores. Sin embargo, la aceptación posee notables implicaciones para la persona jurídica que, desde entonces, deberá atender a sus deberes como titular orgánico, observar las disposiciones estatutarias de la administrada e implantar cierto sistema de seguimiento de la ejecución del

⁷⁴⁶ En la doctrina general, no se ha prestado atención a la aceptación del cargo por parte del ente, como acto necesario y diferente de la aceptación. Excepcionalmente, MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1380.

encargo. Por este motivo, la decisión sobre la aceptación será una cuestión a decidir por la estructura propia del ente, de acuerdo con las normas que ordenen su funcionamiento. En otros términos, el órgano competente de la persona jurídica acordará la aceptación del cargo y, sólo después, un representante manifestaría la voluntad en el acto de formalización.

En este marco, aparecen dos posibles constelaciones. En la primera, la persona jurídica administradora se pronuncia a favor de aceptar el cargo y faculta a un representante para manifestar la aceptación. En tanto la oferta contractual no se haya verificado, el acuerdo del órgano competente desplegará la eficacia debida cuando concorra con la primera. Cabe pensar que tal proceder agilice el nombramiento y su inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, la propuesta choca con la literalidad del artículo 141.2 RRM, según el cual, la fecha de aceptación no podrá ser anterior a la de nombramiento⁷⁴⁷. Superando una lectura rigorista del precepto reglamentario, cabe admitir que el acuerdo del órgano competente sea de fecha anterior, por ejemplo, a la Junta general en la que se formalice el nombramiento. En tales casos, el momento de la aceptación debe identificarse con aquél en el que una persona debidamente apoderada interviene en el acto social de la compañía gestionada y manifiesta la voluntad del ente⁷⁴⁸. A la vez, es posible que la aceptación tenga lugar con

⁷⁴⁷ La exigencia ha sido criticada por POLO SÁNCHEZ, E. M., “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, *RGD*, 634-635 (1997), pp. 9119-9142, en concreto, p. 9127, quien la consideraba superflua.

⁷⁴⁸ La interpretación se ve apoyada por la doctrina registral, en la que ninguna de las resoluciones exige que el acuerdo del órgano competente para designar al representante deba ser posterior a la fecha de nombramiento –de forma paradigmática RDGRN de 22 de septiembre de 2010 [RJ 2010\5139], donde no se concreta que la certificación o la reunión del órgano a la que se refiera debieran ser de fecha anterior. La fecha relevante *ex* artículo 141.2 RRM debería ser la de manifestación por persona debidamente apoderada. Si se quiere, puede calificarse de aceptación condicionada o sometida a condición suspensiva, pero es en realidad una declaración con relevancia interna para la persona jurídica, que no producirá efectos frente a terceros en tanto no sea manifestada y es, precisamente, esa manifestación la que resulta relevante *ex* artículo 141.2 RRM.

posterioridad al nombramiento. En tal caso, deberá documentarse en la forma prescrita por el artículo 142.II RRM.

Por lo que respecta a la atribución de la competencia para aceptar el cargo, la doctrina patria remite la cuestión a las normas que ordenen el reparto de atribuciones en la concreta persona jurídica⁷⁴⁹. Si se acepta que la gestión de la administrada es, a su vez, un acto propio del objeto de la persona jurídica, parece oportuno atribuir la competencia al órgano de gestión y representación del ente⁷⁵⁰. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad deberá establecer la concreta relación del cargo con su objeto, lo que puede aconsejar que la decisión se remita a un órgano con legitimidad reforzada, generalmente, la reunión de sus miembros o socios⁷⁵¹. Por su parte, nada impide que el reparto interno de competencias establezca el órgano responsable de la aceptación de cargos de gestión⁷⁵². Finalmente, la aceptación debe distinguirse de la designación de la persona física representante, aunque será habitual que, en ambos casos, la competencia recaiga sobre el órgano gestor de la compañía⁷⁵³.

⁷⁴⁹ Consideran que la aceptación compete al órgano gestor, CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, cit., p. 129. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, cit., p. 651. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 865. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, cit., p. 698. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 159.

⁷⁵⁰ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 866. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1380. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 743.

⁷⁵¹ Esta cuestión ha sido delimitada como presupuesto de la institución en el Capítulo I, II.2.1.2.

⁷⁵² En sentido similar, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 866. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, cit., p. 698.

⁷⁵³ Crítico con el tratamiento de la aceptación y la designación como institutos asimilados, por su habitual simultaneidad, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 865.

1.1.2. Manifestación de la aceptación

Formada la voluntad del ente, éste debe manifestar la aceptación del cargo ante la sociedad administrada, a través de su órgano de representación externa o de sus representantes voluntarios⁷⁵⁴. Cualquier persona debidamente apoderada podrá intervenir en este acto⁷⁵⁵. A nuestro parecer, en el caso de que la persona jurídica haya designado a su representante con carácter previo a la manifestación de la aceptación, esta persona estará legitimada para exteriorizar la voluntad del ente. Ello se debe a que será titular del poder de representación de la persona jurídica, pudiendo ser ésta la primera tarea de ejecución de las funciones propias del cargo. Sin embargo, esta idea carece de arraigo en la doctrina patria⁷⁵⁶. La concepción manejada por nuestros autores consistiría en

⁷⁵⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 160.

⁷⁵⁵ De nuevo, RDGRN de 22 de septiembre 2010 [RJ 2010\5139]. En ella se admite que un apoderado general del ente manifieste la aceptación del cargo. En cambio, se rechaza la misma manifestación formulada por una persona que comparece en su condición de representante permanente de una de las personas jurídicas que, a su vez, es administradora de otra compañía. Puede concluirse que el representante permanente de una persona jurídica en *otra* sociedad, si comparece en esta condición, no estará facultado para manifestar la aceptación. Si ese mismo representante compareciera en su condición de apoderado o administrador único, solidario o consejero debidamente facultado del ente, entonces cabría admitir la aceptación así expresada. A nuestro entender, también cabría la comparecencia del representante permanente en la sociedad en cuestión. Sin embargo, es posible que la Dirección General de los Registros y del Notariado no distinga el acto de designación del de manifestación de aquélla.

⁷⁵⁶ A nuestro entender, debe admitirse, tanto si comparece en su condición de representante permanente, como si se vale del poder que ostente por razón de un vínculo acumulado (apoderado general, titular orgánico único, solidario o consejero). Sólo admite la segunda alternativa HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 160. Desechan ambas opciones, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., p. 105. GARRIDO ESPA, L., “Capacidad y prohibiciones”, cit., p. 688. Se posiciona en nuestro

que el poder sólo despliega efectos una vez formalizado el vínculo orgánico. En este sentido, sólo si el representante ostentara individualmente el poder de representación del ente por razón de un vínculo previo, podría manifestar la aceptación del cargo en nombre del ente. Sin embargo, el artículo 212 *bis* 1 LSC establece que la designación del representante procede desde el momento en que el ente haya sido nombrado, apoyando una interpretación favorable a la aquí patrocinada. Así, la primera función del representante podrá consistir en la manifestación de la aceptación. Además, de pronunciarse la aceptación en Junta general, esta solución permite que el representante asista a la reunión e intervenga en la vida social de la administrada, evitando la exigencia de que otro titular del poder de representación concorra con el único fin de manifestar la aceptación.

1.2. Inscripción del nombramiento

La inscripción del nombramiento de los administradores sociales posee carácter meramente declarativo, también en el supuesto de que el titular sea una persona jurídica⁷⁵⁷. Como la aceptación, esta materia se remite al artículo 215 LSC, que se completa con las disposiciones registrales en la materia. En su virtud, el nombramiento debe ser presentado a inscripción en el plazo de diez días, acreditándose a través de alguno de los títulos establecidos en el artículo 142 RRM. Ahora bien, cuando se trate de una persona jurídica, el régimen debe

sentido, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 743.

⁷⁵⁷ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., “Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 3395-3414, en concreto, pp. 3399-3400 y 3413 e *Ibidem*, *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 98-99.

ser interpretado teniendo presente el artículo 143.1 RRM. En tales casos, no bastará con que se produzca la aceptación, sino que será necesaria la constancia de la identidad del representante. De este modo, sea cual fuere el título inscribible escogido para consignar el nombramiento y la aceptación del cargo, éste deberá contener la identidad de la persona física representante.

La identidad del ente gestor se hace constar en la hoja abierta a la sociedad. En cambio, ninguna disposición exige que el nombramiento se incorpore, en su caso, a la inscripción registral de la persona jurídica y, de hecho, es posible que ésta no se encuentre inscrita en registro público alguno, por no resultar necesario para la adquisición de la personalidad⁷⁵⁸. De hecho, estos supuestos pueden plantear problemas para la acreditación de la personalidad jurídica del ente. A nuestro entender, sería suficiente con la aportación de la escritura pública de constitución⁷⁵⁹. En otro orden de cosas, la publicidad sobre la existencia del cargo frente a los terceros y acreedores de la persona jurídica administrador es muy limitada. En efecto, la vigencia del cargo no se incorpora a su propia inscripción registral, en el caso de encontrarse inscrito. Como máximo, si el representante resultara beneficiario de un poder general, su existencia constaría en el Registro Mercantil, siempre que el administrador fuera una sociedad (art. 94.1.5 RRM). Sin embargo, la inscripción del poder sólo ofrecerá publicidad sobre el mandato como administrador si se deja constancia de la concreta finalidad del apoderamiento⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 875.

⁷⁵⁹ RDGRN de 14 de febrero 2001 [RJ 2002\2154]. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la sociedad anónima europea”, cit., p. 256.

⁷⁶⁰ De forma implícita, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1111, pone de manifiesto que la práctica anterior al RRM 1989 habría consistido en otorgar poder especial al representante y anotar su existencia en la inscripción registral de la administradora.

A pesar de ello, resulta difícil proponer una solución general a este problema, ante la amplitud del supuesto de hecho normativo y, por consiguiente, la variedad de personas jurídicas que pueden optar al cargo de administrador. Aun así, la tutela del tráfico debe quedar preservada por las normas relativas al objeto y el poder de representación del órgano administrativo del ente gestor. En tanto se asegure la compatibilidad entre esta actividad y el objeto de la persona jurídica, los terceros con quienes ésta se relacione se verán suficientemente protegidos. Y así, el cargo de administrador no merece mayor publicidad que aquellas relaciones jurídicas que integren o contribuyan a la ejecución del objeto de la entidad.

1.2.1. Título inscribible

El título inscribible depende de si la oferta y la aceptación se han producido (y documentado) de forma simultánea o consecutiva. En el primer caso, la inscripción se practica a partir de la certificación o testimonio notarial del acta del órgano de la compañía administrada. En el supuesto de intervención notarial en la Junta general bastará la copia autorizada de aquella (art. 142.1 en relación con los artículos 101 y siguientes RRM). De no documentarse en unidad de acto, el artículo 142 RRM remite a alguna de las formas del párrafo siguiente.

La remisión es dudosa y sólo puede entenderse que el texto reglamentario estuviera pensando en que el designado manifieste su aceptación en la próxima sesión del órgano competente. Esta posibilidad no parece extraña en el caso de un consejo de administración que se reúna con asiduidad, pero sorprende que el candidato no manifieste la aceptación hasta la siguiente reunión de los socios (piénsese que, en la sociedad anónima transcurriría, como mínimo, un mes *ex*

artículo 176.1 LSC hasta la siguiente Junta). La alternativa es que la persona jurídica consigne por escrito la aceptación y el documento sea legitimado por notario⁷⁶¹. En otro caso, cabría otorgar escritura pública de las circunstancias del nombramiento y la aceptación (art. 142.2 RRM).

Estas dos últimas alternativas pueden resultar útiles en los supuestos en que el ente desee confirmar el mandato mediante la reunión de su órgano competente para el nombramiento. De ser así, cabe pensar que el título inscribible para el nombramiento de un administrador persona jurídica sea la certificación del acuerdo de la Junta general u órgano de administración de la propia administradora⁷⁶².

1.2.2. Circunstancias de la inscripción

La inscripción del nombramiento del administrador persona jurídica exige la constancia de la identidad del nombrado, la fecha del nombramiento y, en su caso, el cargo asumido en el consejo de administración (art. 138 RRM). A este respecto, la cuestión debe remitirse a la norma reglamentaria general, el artículo 38.2 RRM. En ella se dispone que, si debe dejarse constancia de la identidad de una persona jurídica, se consignará la razón social o denominación, los datos de identificación registral, la nacionalidad en el caso de personas jurídicas extranjeras y los datos relativos al domicilio, así como los datos de identificación fiscal cuando los entes dispongan de él con arreglo a la

⁷⁶¹ Por lo que respecta al consabido escrito en el que se expresen las circunstancias que identifiquen el cargo, se ha considerado que basta con que venga suscrito por persona con poder suficiente. Así, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 174.

⁷⁶² Crítico, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1111 calificaba de contrasentido que un acuerdo del ente administrador tuviera acceso a la hoja abierta a otra sociedad.

normativa tributaria. La exigencia de datos relativos a la inscripción registral choca con la posibilidad de nombrar administradoras a personas jurídicas no sujetas a inscripción o, simplemente, no inscritas, por no tener la inscripción carácter constitutivo (asociaciones, sociedades civiles, las sociedades de capital en formación o irregulares). En ningún caso el requisito registral matiza la cláusula general del artículo 212.1 LSC, que vence en rango y ámbito de especialidad a la exigencia reglamentaria.

El legislador francés resuelve esta cuestión mediante una disposición general, aplicable a toda inscripción de una persona jurídica en el *Registre de commerce*, análoga al artículo 38.2 RRM. Se trata del artículo R.123-54 del *Code de commerce*, que contempla diferentes supuestos, según el ente en cuestión. Si se trata de una persona jurídica inscrita en el *Registre de commerce*, deben constar sus datos de identificación registral (art. R. 123-54.3 con remisión al art. R.123-237 *Ccomm* en relación con el art. R.123-237 *Ccomm*); en el caso de personas jurídicas sujetas a la legislación de otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, bastará consignar su número y lugar de inmatriculación en un registro público. Esta previsión constituye una manifestación del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues evita la imposición de cargas adicionales a las personas jurídicas inscritas de conformidad con la normativa de un Estado miembro de la Unión o del EEE. Por último, para aquellas personas jurídicas administradoras no incluidas en los supuestos anteriores, esto es, aquéllas que no se encuentren inscritas en registro público alguno o lo estén en registro público de un estado ajeno al Espacio Económico Europeo o a la Unión Europea, se requiere dejar constancia de la identidad de las personas que dirijan, gestionen o tengan poder para vincular a la persona jurídica.

La previsión, desconocida en el caso español, representa un notable paliativo a los problemas de identificación de la persona jurídica, en la medida en que la ausencia de inscripción registral se compensa con la constancia de la identidad de los gestores del ente administrador en la hoja abierta a la sociedad administrada. También entre nosotros se ha acogido la propuesta de incluir la identidad de los miembros del ente gestor como contrapeso a la ausencia de datos de identificación registral⁷⁶³. Sin embargo, teóricamente, la finalidad de identificación se cumpliría con la designación de una única persona como representante, por lo que no resultaría necesario mencionar, además, a los gestores mediatos⁷⁶⁴. Para conciliar ambas posturas debe tenerse presente que, en algunos casos, resultará necesario identificar a las personas que tengan la legitimación pasiva del ente, por ejemplo, en caso de ejercitarse acciones de responsabilidad frente a ésta y frente a su representante⁷⁶⁵. Por este motivo, si la persona jurídica no figura inscrita en un registro público, la mención de la identidad del representante en la hoja abierta a la sociedad administrada no será suficiente y, por ello, *de lege ferenda* sería oportuno exigir constancia de la identidad de los gestores mediatos en la inscripción registral.

2. La designación del representante del administrador persona jurídica

Desde su nombramiento, el administrador persona jurídica debe designar a una persona física como representante en el ejercicio del cargo. En el modelo

⁷⁶³ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 856. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, cit., pp. 697-698.

⁷⁶⁴ Por este motivo se pronuncia en contra HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 171.

⁷⁶⁵ Sobre la cuestión, véase *infra* Capítulo VII, IV.2.1.

normativo español, su acceso al Registro Mercantil se condiciona a la previa designación de una sola persona física en calidad de representante en el ejercicio de las funciones propias del cargo (arts. 212 *bis* LSC y 143.1 RRM). Desde el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 y hasta la Ley 25/2011, la designación del representante, requerida por el artículo 143.1 RRM, fue el único elemento legislado de su régimen jurídico. Este acto es competencia del ente titular y se configura de forma autónoma, por lo que debe diferenciarse de otras vicisitudes con relevancia jurídica que componen el *iter* desde el nombramiento del ente hasta la inscripción registral. En primer lugar, ya se ha indicado que la designación es diferente del acto de aceptación del cargo por parte del ente titular, aunque, generalmente, tengan lugar en unidad de acto o la designación del representante equivalga a una aceptación implícita del cargo⁷⁶⁶. Según se ha establecido en el capítulo anterior, también debe desligarse del acto de apoderamiento de la persona física. Éste puede concurrir con la designación o, en cambio, haber tenido lugar con carácter previo.

En la actualidad, la Ley de Sociedades de Capital ofrece pautas que permiten deducir el régimen jurídico de la designación de la persona física representante, si bien es necesaria cierta labor integradora de las disposiciones legales y reglamentarias. Por un lado, el artículo 212 *bis* LSC contiene reglas referidas a la competencia para la designación, su inscripción y la eficacia del cese del representante. El tratamiento parcial de esta cuestión en el referido precepto contrasta con la previsión del artículo 236.5 LSC. En él, el representante se sujeta a los requisitos legales aplicables a cualquier administrador, lo que incluiría los relativos al nombramiento, por lo que bastaría con trasladar a esta

⁷⁶⁶ ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, cit., p. 199. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 865. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 157.

sede los artículos 214 a 216 LSC. Sin embargo, el acceso al cargo por parte del representante se separa del propio de cualquier titular orgánico en algunos aspectos clave.

La principal duda hermenéutica que plantea el régimen vigente se refiere a la naturaleza jurídica de la designación. En concreto, es dudoso si constituye un requisito para validez del nombramiento o, en cambio, son otras las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Si se considera que el artículo 212 *bis* 1 LSC sólo contempla un requisito para la inscripción del nombramiento como administrador, el administrador persona jurídica es un titular orgánico de pleno derecho desde que acepta el cargo, a pesar de que éste no se encuentre inscrito en el Registro Mercantil. En contra de nuestra tesis, algunos autores consideran que la designación condiciona la validez del nombramiento del administrador persona jurídica⁷⁶⁷. Sin embargo, sus patrocinadores no concretan si la omisión afecta a la oferta contractual emitida por la sociedad o si, en cambio, vicia la aceptación, por faltar en ella un elemento esencial. Esta tesis se apoya en el carácter necesario de la designación del representante, de forma que los estatutos no pueden derogar esta exigencia, pues se alteraría el modelo normativo⁷⁶⁸. Aunque no se impone un plazo específico a partir del cual la ausencia de designación tornaría inválido el

⁷⁶⁷ En la doctrina francesa, LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 222, apoyándose en el carácter imperativo de la exigencia del *Code*. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 151, 156 -157, considerando la designación como requisito de validez del nombramiento del ente. Se refiere a un nombramiento irregular, GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, cit., p. 74.

⁷⁶⁸ Criterio unánime en los ordenamientos de referencia, LEROUX, E., “Le représentant permanent de la personne morale-administrateur”, cit., p. 7. POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 317. Admite esta tesis, entre nosotros, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 864. También parece acoger la designación de representante como un mero requisito de inscripción, SÁNCHEZ CALERO, F., “Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”, cit., p. 3411.

nombramiento del titular, cabría interpretar que la designación debe realizarse antes de los diez días posteriores al nombramiento, lapso en el que debe formalizarse la inscripción del cargo de la persona jurídica (art. 215 LSC). También puede imaginarse que la ausencia de designación venga unida a la falta de aceptación, decayendo así la oferta contractual. Por nuestra parte, acogemos la interpretación que concibe la designación del representante como un mero requisito de inscripción del nombramiento, pero que en ningún caso menoscaba la vigencia de la oferta formulada por la sociedad o la eficacia de la aceptación por el ente.

Esta interpretación parte de la ya formulada distinción entre la aceptación y la designación del representante permanente. Además, se sustenta en tres argumentos esenciales, uno de orden literal, uno de interpretación sistemática de la norma vigente y otro basado en la comprensión integrada de los modelos comparados. El argumento literal lo proporciona el artículo 143.1 RRM, donde se subordina la inscripción del nombramiento a la indicación de la identidad del representante. En segundo lugar, la interpretación contraria podría afectar a la validez del mandato del administrador en supuestos de cese sobrevenido del representante permanente (v. gr., por fallecimiento de la persona física). Y es que durante el periodo transitorio entre su desaparición y la designación del nuevo mandatario puede transcurrir cierto lapso temporal (por ejemplo, el plazo necesario para convocar al órgano de administración de la administradora). Sin embargo, esta circunstancia no debería determinar la invalidez del nombramiento del ente, inscrito ya en el Registro Mercantil. Por su parte, en los ordenamientos de referencia, los códigos tampoco prevén sanción específica para la ausencia de representante permanente. En particular, la fórmula “so pena de nulidad” es muy habitual en el *Code de Commerce* y,

en cambio, no aparece en su artículo L.225-20, lo que apoyaría la solución que proponemos.

Finalmente, la designación del representante permite el desempeño material del cargo. En su ausencia, el ente no podrá asistir a las sesiones del órgano ni actuar válidamente con eficacia frente a terceros, vinculando a la sociedad administrada. A pesar de ello, el mandato del ente tendrá vigencia en tanto exista aceptación⁷⁶⁹. Con todo, el deber de designar a su representante constituye una manifestación del deber general de diligencia del administrador persona jurídica y, por consiguiente, su incumplimiento constituye una infracción de norma legal por parte de la persona jurídica, susceptible de generar responsabilidad⁷⁷⁰. Por su parte, el representante deberá aceptar la designación, bien de forma expresa, bien implícitamente, a través de la realización de actos concluyentes, por ejemplo, mediante la intervención en el acto de apoderamiento⁷⁷¹.

2.1. Competencia

La competencia para designar al representante recae exclusivamente sobre el administrador persona jurídica⁷⁷². Ello se desprende, tanto del tenor del

⁷⁶⁹ Admite esta tesis, entre nosotros, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 864. En la doctrina comparada, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 317.

⁷⁷⁰ En nuestro sentido, LEROUX, E., “Le représentant permanent de la personne morale-administrateur”, cit., p. 7. POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 317, considerando que, simplemente, impide el desenvolvimiento del cargo.

⁷⁷¹ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 871. POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 316.

⁷⁷² El criterio es absolutamente unánime en la doctrina patria, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 147. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del

artículo 212.1 LSC, como de su homólogo en el Reglamento del Registro Mercantil, y constituye un elemento definitorio del modelo normativo. En ningún caso la competencia corresponderá a la propia sociedad administrada⁷⁷³.

2.1.1. Órgano competente

La determinación del órgano competente para designar al representante del ente administrador corresponde a las normas que regulen su esfera interna. Con todo, pueden formularse algunas pautas generales, extraídas de los postulados sentados hasta el momento. En primer lugar, se ha establecido la distinción entre designación y apoderamiento, en la medida en que, en algunos casos, la persona física se encontrará ya investida del poder de representación del ente administrador. En este contexto, se ha consolidado en la doctrina española y comparada la tesis que atribuye la competencia al órgano de administración y representación externa de la persona jurídica⁷⁷⁴. Lo anterior parece lógico

administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)", cit., p. 245. GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Artículo 212. Requisitos subjetivos", cit., p. 1507. EYBEN, A-C., "Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion", cit., p. 155. POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 316.

⁷⁷³ BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 183. LEROUX, E., "La responsabilité civile de l'administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent", cit., p. 2. CAPRASSE, O., "Personne morale administrateur et comité de direction", cit., p. 330.

⁷⁷⁴ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "La persona jurídica administradora de una sociedad anónima", cit., p. 2318. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., "Artículo 123. Nombramiento", cit., p. 1380. ESTEBAN VELASCO, G., "La administración de la sociedad de responsabilidad limitada", cit., p. 732. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, cit., p. 698. CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., "Artículo 8. Escritura de constitución", cit., p. 130. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. GALLEGO SÁNCHEZ, E., "Artículo 212. Requisitos subjetivos", cit., p. 1508. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., "El representante del administrador persona jurídica", cit., pp. 52-53. En la doctrina comparada, POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 316. CAPRASSE, O., "Personne morale

teniendo en cuenta que, en una de las constelaciones posibles, será necesario otorgar un apoderamiento en favor del designado, competencia que corresponde al órgano de gestión⁷⁷⁵.

Al aceptar esta tesis, resulta que los socios, miembros o titulares de cuotas del ente administrador, serán ajenos a la designación del representante permanente, como también lo será la rendición de cuentas. El ente puede regular, con eficacia interna, la competencia para designar al representante, pero se trataría de una limitación interna inoponible frente a terceros⁷⁷⁶. Además, estas disposiciones pueden establecer la designación del representante

administrateur et comité de direction”, cit., p. 330. EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., pp. 155-156. En Francia, BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 736.

⁷⁷⁵ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 246. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1380. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2319. En la doctrina belga, CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., p. 330. En el caso francés, se ha discutido el reparto de esta competencia entre quienes ostentan poder de representación en la sociedad, pero, en todo caso, los autores están de acuerdo en que se trate del órgano de representación externa. Así, A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 22. ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 207. RIPERT, G., ROBLOT, G., GERMAIN, M., *Traité de droit commercial*, 15^a ed., t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 804. GOURLAY, P-G., *Le conseil d’administration de la société anonyme*, cit., p. 100. Por su parte, en el caso belga, se ha establecido que, en ausencia de norma atributiva de competencia, ésta debe corresponder al órgano de gestión, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2.

⁷⁷⁶ Así ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., pp. 168-169. Resultaría posible que la competencia se atribuyera a la Junta general ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, cit., p. 308. Admite una intervención de la Junta en un asunto relativo a la gestión, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 156. La disposición sería, en todo caso, inoponible a terceros, GOURLAY, P-G., *Le conseil d’administration de la société anonyme*, cit., p. 100.

per relationem, aunque ello no libera al ente de formalizar el acto de designación⁷⁷⁷.

2.1.2. Margen de intervención de la sociedad administrada

Aunque la competencia para la designación del representante corresponde a la persona jurídica administrador, merece la pena ahondar en el papel que puede corresponder a la sociedad administrada en esta materia. Al tratar de la autonomía estatutaria sobre los requisitos de acceso al cargo, se ha establecido que el representante deberá acreditar aquellas circunstancias que se exijan a los demás administradores sociales, pero que no puedan ser cumplidas por el ente titular. En cambio, no cabe introducir condicionantes que conlleven una discriminación injustificada de los representantes con respecto a las personas físicas titulares del cargo ni otras que obstaculicen la permanencia en el cargo de un concreto ente⁷⁷⁸.

En este contexto, los estatutos no pueden atribuir la competencia para designar al representante a la sociedad administrada. Una disposición de tales características contravendría lo dispuesto en el artículo 212 *bis* LSC, que debe considerarse norma de Derecho necesario, por integrar un elemento esencial del modelo normativo español y, en esencia, del instituto estudiado. Además, la sociedad administradora no estaría facultada para investir al designado del poder de representación de la persona jurídica administradora. La imposibilidad de reservarse la designación se extiende también al cese del representante. Sin embargo, existe una excepción a esta regla general, contemplada en el artículo 224.2 LSC. El precepto faculta a la Junta para cesar

⁷⁷⁷ ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., "El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento", cit., p. 306.

⁷⁷⁸ Véase *supra* en este capítulo, III.1.1 a III.2.

a cualquier sujeto que tenga intereses contrarios a la sociedad y esta regla debe extenderse al representante de un administrador persona jurídica. Por lo demás, resultarán contrarias a la ley las cláusulas estatutarias por las que la sociedad administrada se reservara la facultad de designar o cesar al representante⁷⁷⁹.

Sin perder de vista lo anterior, es cierto que la identidad del representante concierne a la sociedad administrada, pues este sujeto desempeñará funciones de gestión en ella, tendrá acceso a su información sensible y gozará del poder de vincularla frente a terceros. En atención a la relevancia de la identidad del representante, es posible que los socios no estén en condiciones de emitir un voto informado sobre la elección del administrador persona jurídica si ignoran quién ejercerá efectivamente las funciones⁷⁸⁰. Por esta razón, debe aceptarse que los socios tienen derecho a obtener en relación con el representante, al menos, los mismos datos que se les proporcione en relación con los administradores personas físicas.

A tal efecto, la sociedad administrada puede dotarse de ciertas facultades en el procedimiento de designación de un representante permanente. En primer lugar, podrá exigir conocer la identidad y el perfil del representante con carácter previo a la aceptación del cargo. En realidad, este requisito

⁷⁷⁹ Favorable a la posibilidad que descartamos, en la doctrina italiana, PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 93. Por su parte, en relación con la fundación, adoptan una postura flexible OLAVARRÍA IGLESIA, J., MARIMÓN DURÁ, R., "Art. 15 Patronos", OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 385-412, en concreto, p. 405, aunque no compartimos que los estatutos concedan tan amplio margen a la fundación para regular el régimen de designación del representante, pues, además, el artículo 10.2 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, establece expresamente que el acuerdo será adoptado por el órgano competente de la persona jurídica.

⁷⁸⁰ Por su parte, no consideran necesario proporcionar información a los socios sobre la designación MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 389. También contrarios a reforzar la información del socio en este punto, GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 736.

procedimental sólo incrementa las exigencias de información en favor de la gestionada, de modo que no se separa del régimen propio de las sociedades anónimas cotizadas (art. 529 *decies* 7 LSC), por lo que resultaría admisible. Lo cierto es que la norma española no prevé la comunicación de la designación a la administrada⁷⁸¹. Resulta imaginable que estos datos le sean notificados con el fin de inscribir el nombramiento del ente y la identidad de su representante⁷⁸². Sin embargo, en la hipótesis que valoramos, no se trata de una mera comunicación a los encargados de promover la inscripción, sino de que la información sea proporcionada a los socios con carácter previo a la celebración de la Junta general. Por último, aunque se acepta la cláusula que imponga la notificación a la administrada, deben desecharse aquellas disposiciones que condicionen de cualquier otro modo la designación o la sometan al beneplácito o autorización de la sociedad administrada, así como que establezcan un derecho de veto a favor de la administrada⁷⁸³.

⁷⁸¹ En el caso francés, se exige que el administrador notifique a la administrada la identidad del representante permanente, para que sea ésta quien se encargue de dar publicidad a la designación a través de un extracto del documento remitido (art. R.225-16.II *Ccomm*). Sin embargo, la previsión se refiere al supuesto de sustitución del representante, por lo que se discute la extrapolación de esta exigencia a la designación originaria. Subrayan este extremo, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 207. En el caso español, la exigencia se encuentra en el artículo 10.2 RFCE, refiriéndose, tanto a la primera designación, como a su sustitución.

⁷⁸² ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 160 considera necesaria la notificación a la administrada.

⁷⁸³ En Francia LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 223 considera que sólo las formalidades relativas a la designación y cese del representante restringen la libertad del ente gestor. Entre nosotros, PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2956. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 220. En contra de nuestra tesis, se muestran favorables en la doctrina belga, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 155 y 157 y WILLERMAIN, D., “Le statut de l’administrateur de société anonyme: principes, questions et réflexions”, *Rev. Prat. Soc.*, 6983 (2008), pp. 207-254, en concreto, p. 223 y nota 56. En la doctrina italiana, acepta, en general, la coordinación entre la sociedad administrada y el ente administrador, reduciendo la facultad discrecional por una cuestión de oportunidad, PESCATORE, G., *L’amministratore persona giuridica*, cit., p. 93.

2.2. Forma de la designación

La autonomía de la designación se traduce en una exigencia de que el acto sea expreso, sin que quepa, entre nosotros, la designación implícita del representante permanente. Asimismo, ésta debe tener lugar en la esfera interna de la persona jurídica administrador, de conformidad con las normas pertinentes. La mera declaración de la sociedad administrada no es suficiente para que la designación acceda al Registro Mercantil⁷⁸⁴. La aceptación del designado es necesaria, aunque no sea recogida por la norma societaria⁷⁸⁵. Por lo que respecta a la forma que debe revestir la designación, la Dirección General de los Registros y del Notariado distingue dos constelaciones, que dependen de si resulta necesario apoderar al candidato.

En una primera resolución, el centro directivo afirmó que, si el candidato fuera uno de los administradores de la persona jurídica, la designación se formalizaría a través de una delegación de facultades, mientras que, si se tratara de un tercero no administrador, carente de poder de representación, sería necesario otorgar un apoderamiento en su favor⁷⁸⁶. Esta propuesta no tenía en cuenta que la administración de la persona jurídica no adopta necesariamente la forma de consejo de administración, único supuesto en el que cabría formalizar una delegación de facultades (art. 249 LSC). En este sentido, en una

⁷⁸⁴ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534], FD III.

⁷⁸⁵ En la jurisprudencia, la SAP La Rioja (Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2014 (núm. 307) [JUR 2015\51466] discute la constancia de la aceptación del representante permanente. Según parece desprenderse del supuesto de autos, no constaba la aceptación por parte de los representantes permanentes, lo que condujo a la subsanación de la escritura de constitución de la sociedad. En puridad, nos parece que la aceptación del cargo por parte del representante permanente no constituye una cuestión sometida al control registral, sino que se refiere a un vínculo que se formaliza en el seno del ente gestor. Aun así, se acepta que, si el representante concurre al acto, en el documento se deje constancia de su aceptación.

⁷⁸⁶ RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534].

segunda resolución, el centro directivo modificaba ligeramente su posicionamiento inicial, afirmando que el designado puede ser un representante orgánico o voluntario de la persona jurídica⁷⁸⁷. De lo anterior se deduce que, en la selección del representante se perciben dos constelaciones, según el designado ostentara o no poder de representación con carácter previo a la asunción del cargo.

2.2.1. Persona física carente de poder de representación con carácter previo a la designación

La persona jurídica puede escoger como representante a una persona física que, hasta ese momento, carezca de poder de representación. Así ocurrirá si el designado fuera un socio o una persona física vinculada al ente por cualquier relación jurídica de contenido no representativo. En esta constelación, la designación irá precedida de un acto de apoderamiento, que otorgue al sujeto seleccionado el poder de representación del ente titular. Para que la identidad del representante acceda al Registro Mercantil, deberá presentarse copia de la escritura pública de apoderamiento⁷⁸⁸.

En cuanto al alcance del poder, la persona física debe encontrarse debidamente facultada para realizar todos los actos que corresponden a un administrador en la sociedad de capital, aunque lo haga en nombre del ente. Ello incluirá los actos incluidos en el objeto de la administrada, así como todas aquellas actividades instrumentales al mismo. En este contexto, la duda reside

⁷⁸⁷ RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

⁷⁸⁸ Así, RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193] y CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, cit., p. 130. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento”, *RCDI*, 480 (1970), pp. 1117-1146, en concreto, pp. 1119-1120. ÁVILA NAVARRO, P., *La representación con poder. Estudio de Derecho notarial y registral*, cit., p.47.

en si el consabido poder debe ser de naturaleza general o bastaría un apoderamiento especial⁷⁸⁹. El primero resultaría idóneo para este supuesto, ya que minimizaría el riesgo de que la persona jurídica adujera la extralimitación de su representante, aunque, a nuestro entender, esta circunstancia revelaría una infracción del deber de diligencia por parte del administrador, pues habría incumplido su obligación de apoderar adecuadamente a la persona natural. Puede admitirse que el poder fuera especial, siempre que la especialidad se refiriera al objeto de la sociedad administrada e incluyera todos los actos para los que resultan competentes los administradores sociales⁷⁹⁰. En la medida en que el contenido del poder no se encuentra legalmente tasado⁷⁹¹, su alcance debería interpretarse conforme al artículo 1258 C.C., en el sentido de que obliga a todas las consecuencias que resulten conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

2.2.2. Persona física que ostente poder de representación antes de la designación como representante (remisión)

El sujeto elegido por el ente para desempeñar las funciones propias de la administración en la sociedad de capital ya esté dotado de poder de representación. Ello puede deberse a que el designado sea un representante voluntario o un representante orgánico de la persona jurídica. Esta constelación nos remite a los grupos de casos en los que el designado ostenta un vínculo

⁷⁸⁹ *Obiter dicta* sugiere que ambas posibilidades resultarían admisibles la RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

⁷⁹⁰ En la doctrina, admiten el poder especial, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1111; HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 35. GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, cit., p. 1508.

⁷⁹¹ VON WICHMANN ROVIRA, G., “Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Primera parte)”, cit., p. 54.

previo con el ente administrador⁷⁹². En cuanto a los documentos necesarios para la inscripción, la DGRN admite la certificación del acuerdo del órgano competente en la persona jurídica, por el que se designe a la persona natural representante que ya ostentara poder de representación⁷⁹³.

2.3. Momento de la designación

La Ley de Sociedades de Capital no contempla de forma expresa el plazo del que la persona jurídica dispone para designar al representante. A pesar de ello, este dato puede obtenerse a partir de la interpretación sistemática de los artículos 212 *bis* 1 y 214.3 LSC y 143 RRM. Si la inscripción del ente se condiciona a la constancia de la identidad de su representante y el artículo 214.3 LSC concede un plazo de diez días para completar la inscripción del nombramiento del administrador, éste será el lapso máximo en el que el ente deberá haber completado la designación del representante. Si éste se considera el plazo máximo para operar la designación, se impone al ente administrador un particular deber de diligencia consistente en dar cumplimiento al trámite inmediatamente⁷⁹⁴. Esta obligación incluirá la de notificar la identidad del designado a la sociedad administrada, a fin de que pueda instarse la inscripción registral.

Por lo que respecta a la posibilidad de que la designación del representante tenga lugar con carácter previo a la aceptación del cargo, más arriba se ha formulado una propuesta interpretativa del artículo 141.2 RRM a los supuestos

⁷⁹² Véase *supra* Capítulo V, IV.

⁷⁹³ RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193].

⁷⁹⁴ En la doctrina francesa, BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 389.

de administrador persona jurídica, que puede trasladarse a esta sede⁷⁹⁵. Como el acuerdo de aceptación, la designación del representante puede tener lugar antes de la aceptación del cargo, siendo exclusivamente relevante la fecha de manifestación de la designación ante la administrada o en el documento presentado a la inscripción. Esta solución es coherente con el plazo conferido en la Ley de Sociedades de Capital para la inscripción del nombramiento.

2.4. Inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME

La publicidad de la identidad del representante es objeto de atención por los tres ordenamientos de referencia. En este sentido, los sistemas francés, belga y español coinciden en otorgarle la publicidad propia de todo administrador (arts. R.225-17 *Cccomm* y 61.2 *Cds* y 212 *bis* 2 LSC, respectivamente). La idea subyacente es que la persona física dedicada al ejercicio de las funciones del administrador debe poder ser identificada en los mismos términos que el resto de titulares orgánicos⁷⁹⁶. Por ello, su identidad constará en la hoja abierta a la sociedad administrada junto a los datos de identificación de su principal, indicando su condición de representante permanente.

En nuestro ordenamiento, la inscripción de la designación del representante del administrador persona jurídica plantea ciertas dudas con respecto a la técnica legislativa empleada. La duda se deriva de la última mención contenida en el artículo 212 *bis* 2 LSC. En ella se afirma que la designación del representante se inscribirá en el Registro Mercantil, en los términos previstos en el artículo 215 LSC. Sin embargo, la disposición va precedida de otra en la

⁷⁹⁵ Véase *supra* en este capítulo, VI.1.1.1.

⁷⁹⁶ En este sentido, CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 71. POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 316. CASTAÑER CODINA, J., "Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)", cit., pp. 246-247.

que el legislador se refiere a la designación del nuevo representante en caso de cese del originalmente nombrado. Por consiguiente, la ubicación sistemática de la referencia a la inscripción del representante sugiere que sólo la designación de un representante sustituto accederá al Registro Mercantil. Ante la inconsistencia de esta tesis interpretativa, no cabe sino sostener que la designación de todo representante, tanto la originaria, como la del designado para cubrir una eventual vacante, debe incorporarse al registro. También podría pensarse que el legislador considera cubierta la inscripción de la designación inicial por el artículo 143.1 RRM y, por este motivo, el artículo 212 bis 2 *in fine* LSC sólo apunta a las sucesivas designaciones. El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aspiraba a remediar el defecto de técnica legislativa, dedicando un apartado a establecer que, tanto la designación como la revocación del representante, se inscribirían en el Registro Mercantil (art. 215-6.4 APLCM)⁷⁹⁷.

La remisión a las normas relativas a la inscripción debe entenderse inclusiva de las contempladas en el Reglamento del Registro Mercantil. Tanto por aplicación de las reglas previstas para los administradores, como por indicación del artículo 143.1 RRM, se exige constancia de la identidad del representante. La cuestión nos remite al artículo 38.1 RRM, en materia de identificación de las inscripciones relativas a una persona física. Según este precepto, deberían constar el nombre y apellidos del sujeto, su estado civil, la referencia a la mayoría de edad o a la condición de emancipado, su nacionalidad, domicilio y documento de identidad u otro identificativo si fuera extranjero, así como, en su caso, su número de identificación fiscal.

⁷⁹⁷ Saludaba esta propuesta, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 745.

La inscripción del nombramiento de un representante permanente requiere de alguno de los títulos inscribibles emitidos por la persona jurídica administradora: certificaciones de sus órganos, escritura pública o documento privado con firmas legitimadas en el que se deje constancia de las circunstancias de la designación y su aceptación. Por su parte, la identidad del representante, al acceder al Registro Mercantil, será comunicada al Registro Mercantil Central para su publicación en el BORME (art. 388.9 RRM). No debe considerarse obstáculo que el artículo 388.9 RRM sólo se refiera a la publicidad del nombramiento de administradores⁷⁹⁸. Si el cargo del ente no hubiera accedido todavía al Registro Mercantil, la constancia de la identidad del representante será requisito necesario *ex* artículo 143.1 RRM. En otro caso, la incorporación de este dato al registro permitirá sustituir la identidad del representante originario.

En materia de inscripción del representante, se ha discutido la competencia para promover la inscripción. El principal recelo de los autores es que, si la persona jurídica se entiende facultada para instar el cambio de identidad de su representante, se corre el riesgo de que la sociedad administrada no esté al corriente de quién es, en cada momento, la persona natural representante⁷⁹⁹. A nuestro entender, la respuesta depende de la forma que adopte el órgano, así como de la forma en que la sociedad gestione la llevanza de los actos sujetos a inscripción. Por ello, la solución pasa por extraer una obligación de notificar el

⁷⁹⁸ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 247. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 246-247.

⁷⁹⁹ Considera que la sociedad administrada promueve la inscripción, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2. En Francia, LE CANNU, P., *Droit des sociétés*, cit., pp. 400-401. Atribuye la facultad a la propia persona jurídica, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 240.

cambio de representante a partir del deber de diligencia, pero también de lealtad de la entidad administradora.

2.5. Especialidades en las sociedades cotizadas

Como es sabido, en las sociedades cotizadas, los consejeros son elegidos por la Junta general, o bien, por el propio órgano a través de la cooptación (art. 529 *decies* 1 LSC). Antes de formalizar el nombramiento de un consejero no independiente, el comité de nombramientos debe emitir un informe (art. 529 *decies* 5 LSC), que vendrá seguido de una propuesta del consejo, a la que se acompañará un informe justificativo, en el que se detallen y valoren las capacidades del aspirante (art. 529 *decies* 4 LSC).

Cuando el candidato sea una persona jurídica, los datos relativos a la competencia, experiencia y méritos del candidato, recogidos en el informe del consejo, podrán tomar en consideración las circunstancias objetivas y subjetivas del ente⁸⁰⁰. Los méritos y otras competencias pueden referirse a su solvencia patrimonial, pero también a los miembros de su órgano administrativo. La tipología del ente administrador puede resultar igualmente relevante, por ejemplo, ante posibles cambios de control del gestor. En el supuesto existirá una diferencia notable según el administrador sea otra sociedad abierta al mercado de capitales –hipótesis, por otra parte, anómala ante el riesgo de cambios de control– o se trate de un ente de tipo cerrado o de base patrimonial. También pueden recogerse en el informe las ventajas operativas que se obtengan del emplazamiento de una persona jurídica en ese concreto consejo. El informe debería concretar si el nombramiento responde a

⁸⁰⁰ Nos posicionamos en este sentido en DEL VAL TALENS, P., “Legal entities as board directors: another entrenchment mechanism for European public companies”, cit., pp. 307-308.

la política de grupo de la compañía (art. 529 *ter c*) y e) LSC), explicando si el ente candidato es la sociedad dominante, una dependiente o incluso una *service company*. No se trata de revelar las circunstancias estratégicas del esquema, sino de ofrecer transparencia sobre la estructura societaria, con el fin de minimizar el sesgo de opacidad que se atribuye al instituto estudiado. En algunos casos, puede reforzar la candidatura la inclusión de una descripción de su sistema de gobernanza, la aportación de una copia de sus estatutos o indicaciones sobre su situación financiera, aportando, por ejemplo, sus últimas cuentas anuales.

Por lo que respecta al representante permanente, el artículo 529 *decies 7* LSC extiende la aplicación de los anteriores apartados del precepto a la designación de esta figura. La técnica legislativa es cuestionable, por cuanto algunas de las previsiones resultan incompatibles con la naturaleza jurídica de la figura que analizamos. El apartado primero dispone que será la Junta general quien nombre a los administradores, salvo en el caso de cooptación. Por su parte, el párrafo tercero excluye la designación de suplentes. A nuestro entender, la remisión debe interpretarse de conformidad con los postulados del modelo normativo⁸⁰¹. Por consiguiente, no debe colegirse que, en las sociedades cotizadas, la persona natural es designada por la Junta general o queda excluida la designación de suplentes del representante, puesto que estas materias competen sólo al ente gestor. En cambio, las demás previsiones del precepto incrementan la transparencia sobre la identidad del representante. En efecto, las condiciones en las que, habitualmente, se designa al representante habían sido denunciadas por los asesores de voto⁸⁰². Los *proxy advisors*

⁸⁰¹ DEL VAL TALENS, P., “Legal entities as board directors: another entrenchment mechanism for European public companies”, cit., pp. 307-308.

⁸⁰² PROXY PAPER GUIDELINES, *2015 Proxy Season. An Overview of the Glass Leiwis Approach to Proxy Advice, Spain*, cit., p. 7, proponen la abstención al ejercer el voto sobre el

cuestionan que el ente gestor comunique la identidad del representante en el momento de producirse su nombramiento, sin proporcionar a los socios la información que se brinda a la candidatura de cualquier consejero titular. El artículo 529 *decies* 7 LSC resuelve este problema.

El procedimiento dependerá de si el administrador persona jurídica aspira a una vocalía de consejero independiente o no. Si se tratara de un independiente, debe entenderse que el ente formulará una propuesta que el comité de nombramientos hará suya. Seguidamente, el consejo deberá elaborar un informe justificativo, valorando la competencia y méritos del candidato. Cabe pensar que esta información sea proporcionada a través de la persona jurídica candidata. En el caso de que el ente opte a un cargo no independiente, el comité de nombramientos deberá formular su propio informe. La emisión de las propuestas e informes pertinentes debe realizarse en el tiempo y forma adecuados para cualquier administrador⁸⁰³.

3. La prestación de garantías

Como en relación con otros límites de acceso al cargo, la prestación de garantías *ex* artículo 214.2 LSC por los administradores de la sociedad sugiere algunas dudas en su aplicación al supuesto de hecho. En concreto, como en el caso de otras medidas orientadas a favorecer la *affectio societatis* del administrador, se plantea si deben ser exigidas al representante. A pesar de su escasa implantación en el tráfico, nos decantamos por la respuesta ofrecida para

nombramiento de las personas jurídicas, en atención a la falta de transparencia asociada a esta práctica.

⁸⁰³ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., pp. 99, proponiendo reforzar la publicidad mediante la página web.

la exigencia de la condición de socio, descartando requerirla al representante. Por otro lado, esta cuestión puede ser objeto de previsión contractual en el ámbito de la relación interna entre administrador y representante, por ejemplo, estableciendo el reintegro de la garantía.

Además, ante la posibilidad de que sociedad administrada y persona jurídica administradora pertenezcan a un grupo, cabe tomar en consideración, por un lado, la concesión de garantías intragrupo y, de otro, las reglas relativas a la prestación de garantías sobre valores propios⁸⁰⁴. Si el ente administrador fuera la sociedad dominante del grupo, nos situaríamos ante la concesión de una *downstream warranty*, respecto de la cual se mantiene una postura más flexible⁸⁰⁵. En cambio, mayores riesgos se derivarán en el caso de que la garantía fuera prestada en favor de la dominante administrada.

VII. CESE

El segundo aspecto posicional de relevancia es la extinción del mandato de la persona jurídica administradora y de su representante. En el caso del primero, se extingue el vínculo orgánico-contractual con la sociedad. En el segundo, en cambio, no se formaliza negocio alguno entre el representante y la sociedad, por lo que la extinción, en este caso, consiste en el fin de la relación jurídica entablada entre este último y su principal.

⁸⁰⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 214. Nombramiento y aceptación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1525-1537, en concreto, p. 1535.

⁸⁰⁵ Ello a pesar de que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil contuviera una prohibición general, salvo que fuera común para una del grupo o cuando una fuera una entidad financiera (art. 291-14 APLCM).

1. El cese del administrador persona jurídica

El cese del administrador persona jurídica no presenta especiales particularidades con respecto al de cualquier titular orgánico, de forma que la extinción de su mandato se producirá por expiración del plazo legal o estatutariamente establecido sin que se produzca la reelección, por intervención de la Junta general en ejercicio de su facultad legal o por voluntad del ente gestor. En esta materia, la única dificultad conceptual consiste en deslindar los mandatos de los sujetos en liza. En efecto, el cese del representante no determina necesariamente la baja del ente administrador, pero sí a la inversa. Sin embargo, el representante es el único legitimado para manifestar la voluntad del ente gestor ante la sociedad. En tal medida, en el supuesto de que el ente administrador decida poner fin al mandato, sería éste el único legitimado para manifestarlo. En la doctrina se ha advertido el riesgo de extralimitación del representante, comunicando la baja en el cargo de su mandante, sin que ello haya sido objeto de decisión en el seno de la persona jurídica⁸⁰⁶.

Ante esta vicisitud, consideran que el poder de representación de la persona física no se extiende al supuesto en cuestión y, por consiguiente, no puede ser éste quien notifique el cese en el cargo. A nuestro parecer, cabe formular aquí una distinción análoga a la propuesta en el momento del nombramiento. En efecto, puede distinguirse entre el acuerdo relativo al cese, adoptado en el seno de la persona jurídica y su comunicación a la sociedad administrada. El primero

⁸⁰⁶ GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 738. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 390. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 290.

deberá adoptarse en los mismos términos que el acuerdo relativo a la aceptación del cargo, mientras que la notificación compete al representante, en tanto tarea adscrita al ejercicio del cargo. Piénsese, por ejemplo, en que se comunique a la administrada con ocasión de una reunión de su órgano de administración, para cuya asistencia sólo está legitimado el representante. De aceptarse la solución propuesta, la voluntad del ente se ha formado en coherencia con su normativa interna y ha sido ejecutada a través del representante especial⁸⁰⁷. Ante la delicadeza del supuesto, debe entenderse que el cese puede ser notificado por cualquier persona debidamente apoderada del ente, incluyendo al representante permanente.

1.1. Causas de cese aplicables a los administradores

Es aplicable al administrador persona jurídica el régimen del cese de los administradores sociales. En tal sentido, el ente podrá ser depuesto *ad nutum* por la Junta general (art. 223.1 LSC) y se mantienen para él las garantías aplicables a los consejeros designados a través del sistema de representación proporcional⁸⁰⁸. Por la misma razón, el ente incurso en prohibición legal deberá ser destituido, mientras que aquél con intereses opuestos a la sociedad podrá ser cesado, de conformidad con el artículo 224 LSC.

⁸⁰⁷ Similar, MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 390 propone que sea comunicada por los propios representantes ordinarios del ente.

⁸⁰⁸ La sociedad puede ejercitar esta facultad, sin necesidad de acreditar justa causa. Aun así, ciertas vicisitudes, permitirán fundarla, a saber, los cambios de control en el ente administrador -OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 10- que alteren su sustrato personal o el incumplimiento del deber de designar a su representante.

1.2. Cese por circunstancias relativas a la personalidad jurídica. Las modificaciones estructurales

Determinadas circunstancias pueden propiciar el cese de un administrador por afectar al presupuesto elemental de la figura, la personalidad jurídica. Por este motivo, estas causas son exclusivas de los entes administradores y no se manifiestan cuando el titular es una persona física. Todas aquellas circunstancias que determinen la extinción de la personalidad acarrear necesariamente la del mandato como titular orgánico en la sociedad de capital⁸⁰⁹. El supuesto sería análogo al de la pérdida de capacidad o desaparición de la persona física, es decir, nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento sobrevenido de un requisito legal para ocupar el cargo. Por lo general, la pérdida de personalidad se produce como fase final del procedimiento iniciado con la disolución y liquidación del ente o como conclusión de su concurso. En este sentido, cabe imaginar que la extinción del mandato no coincida con el momento de desaparición de la personalidad, sino que se habrá producido con anterioridad, bien por imposibilidad material de seguir ejercitando las funciones o por incompatibilidad de la gestión con el objeto del ente en fase de liquidación.

Las modificaciones estructurales tendrán distinta incidencia en la conservación del cargo. Desde el punto de vista de su afectación a la personalidad jurídica, conviene diferenciar entre aquéllas en las que el ente (*rectius*, la sociedad) conserve su personalidad jurídica, de aquéllas en las que se produzca la extinción de la entidad interviniente en la operación. En la primera constelación se situarían la transformación, las fusiones por absorción en las que la sociedad administradora interviniera en calidad de absorbente, así

⁸⁰⁹ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit. p. 142.

como aquellas escisiones en la que la administradora actuara como beneficiaria, esto es, siendo la sociedad que, en ningún caso, ve extinguida su personalidad jurídica. En tanto se mantenga el presupuesto para ostentar el cargo, estos supuestos no plantearán problemas de continuidad del mandato⁸¹⁰. Por lo que respecta a la cesión global de activo y pasivo, la subsistencia de la personalidad jurídica de la cedente dependerá de si ésta resulta beneficiaria de la contraprestación (art. 81.2 LME)⁸¹¹. Además, con carácter previo a la operación, debería preverse expresamente si el cargo se integra en la masa o es mantenido por la cedente.

Una segunda constelación estaría integrada por aquellas modificaciones estructurales que ven efectivamente alterada la personalidad jurídica, a saber, la fusión por creación de nueva sociedad, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo con extinción de la cedente. La cuestión estriba en determinar si, con la transmisión en bloque y por sucesión universal, se transfiere a la nueva entidad el vínculo orgánico-contractual con la sociedad administrada. En otros términos, si, desaparecida la persona jurídica administradora, el vínculo orgánico queda también extinto o, en cambio, es la sociedad beneficiaria de la modificación estructural quien ostentará el cargo de administrador.

La cuestión se enmarca en el debate sobre la transmisibilidad de las relaciones *intuitus personae* en sede de modificaciones estructurales⁸¹². La mayoría doctrinal en nuestro país está de acuerdo en que las relaciones

⁸¹⁰ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 143; HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 292.

⁸¹¹ NOVAL PATO, J., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital*, cit., p. 56. GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, cit., p. 425.

⁸¹² Ya se ha establecido que el carácter personalísimo del vínculo orgánico-contractual debe también predicarse en el supuesto de que el administrador sea una persona jurídica Véase supra Capítulo I, II.1.2.

personalísimas son plenamente transmisibles por sucesión universal⁸¹³. En contra, algunos autores consideran que los vínculos de naturaleza personalísima se extinguen con el titular⁸¹⁴. Acogiendo el criterio mayoritario, consideramos que también el vínculo orgánico-contractual puede ser transmitido por sucesión universal. En favor de su subsistencia, debe recordarse que, en todo caso, la administrada conserva la facultad de cese *ad nutum*⁸¹⁵. En otros términos, bastaría una decisión de la Junta general para poner fin al mandato de la sociedad beneficiaria de la modificación estructural.

A pesar de nuestra postura favorable al mantenimiento del vínculo, es posible que durante el desarrollo de la operación de reestructuración, las dificultades organizativas y operativas resulten difícilmente compatibles con la titularidad orgánica. Por su parte, el procedimiento de modificación estructural puede situar al ente administrador ante conflictos de interés que impongan la

⁸¹³ En la doctrina patria, SÁEZ LACAVE, M^a I., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “Los contratos pendientes de ejecución en la fusión”, *RDM*, 243 (2002), pp. 45-70, en concreto, pp. 63-65; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., PÉREZ TROYA, A., *Fusión de sociedades*, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IX, vol. II, Madrid, Civitas, 1992, p. 68. GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, cit., p. 394. En referencia expresa al supuesto de hecho, también se muestra favorable, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 293. En contra, ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 166, con un posicionamiento contrario a la transmisión de vínculos personalísimos. En contra, ESTEBAN RAMOS, M^a L., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, cit., p. 62.

⁸¹⁴ En expresa referencia al cargo de administrador, se muestran contrarios a la transmisión, LÈCENE-VILLEMONTÉIX, M., POHÉ, D., “L’absorption d’une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance”, cit., pp. 359 y p. 362, extrayendo de la jurisprudencia francesa una prohibición general para la transmisión de cargos de gestión. La cuestión ha tenido cierto desarrollo en Derecho francés, a partir una corriente jurisprudencial marcada por la *Cour de Cassation*, en la que el alto tribunal se pronunciaba en contra de la transmisión por sucesión universal del cargo de gestor de una comunidad de propiedad horizontal. Así, Cour de Cassation, chambre commerciale, 30 mai 2000, 97-18457, criterio mantenido en Cour de Cassation, chambre commerciale, 29 février 2012, 10-27259.

⁸¹⁵ JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit. p. 143. CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural...*, cit., p. 435.

notificación a la sociedad administrada y la consiguiente abstención (art. 228 c) LSC). A la vista de lo anterior, la sujeción del ente administrador a los deberes fiduciarios obstaculizaría el desarrollo de la modificación estructural. En tal caso, resultaría oportuno obtener la correspondiente dispensa por parte de la sociedad con carácter previo al inicio de la operación, de conformidad con el artículo 230.2 LSC. El problema descansaría en que la dispensa debe referirse a un conflicto puntual, lo que plantea la duda sobre si la totalidad de la operación estructural puede considerarse un conflicto dispensable.

Con todo, cabe imaginar diferentes constelaciones que merezcan una respuesta particular. Por una parte, es posible que administradora y administrada participen en la operación estructural; si con ella la sociedad administrada quedara extinta, desaparecería el vínculo en cuestión. En el supuesto inverso, en el que la transmisión universal se produzca en favor de la administrada, la relación de administración se extingue por confusión (art. 1143 C.C.), ante la imposibilidad de que la sociedad administrada ocupe una vocalía en su propio órgano. Por otro lado, en caso de tratarse de operaciones con más de una sociedad beneficiaria, el proyecto deberá determinar la concreta entidad a quien se atribuye el cargo (art. 74.1 LME para la escisión, 85.1.3 LME para la cesión global).

Por último, debe plantearse el destino de los derechos y obligaciones derivados de la titularidad del cargo por parte del ente extinto. Con independencia de la postura que se acoja sobre la transmisibilidad del vínculo, corresponden ahora a su sucesora universal. En tal medida, la preparación de la modificación estructural debería tomar en consideración, por ejemplo, la retribución que hubiera sido ya devengada y no satisfecha al ente administrador o las garantías prestadas en favor de la administrada. Más controvertida es la

exigencia de responsabilidad derivada del ejercicio del cargo de la persona jurídica extinta.

Ante tal riesgo, resultaría oportuna la renuncia a la acción social de responsabilidad *ex* artículo 238.2 LSC en el momento del cese del ente que se sujeta a la modificación estructural, minimizando, al menos, el riesgo de reclamación de responsabilidad por parte de la sociedad administrada. Una cuestión análoga ha sido planteada recientemente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015⁸¹⁶. En la resolución, el tribunal europeo interpreta el artículo 19.1 de la Directiva 78/855/CEE, entendiendo que la transmisión por sucesión universal conlleva la adquisición por la absorbente de la obligación de satisfacer una multa, impuesta por la autoridad laboral, con posterioridad a la fecha de la fusión, por infracciones cometidas por la sociedad absorbida con carácter previo a la modificación estructural. En una interpretación *a fortiori* de la decisión del tribunal, si la responsabilidad sancionadora recae sobre la sucesora universal, no parece posible descartar la transmisión de la responsabilidad civil por acciones u omisiones ilícitas acaecidas antes de la modificación estructural⁸¹⁷.

Por último, quedaría por valorar el espacio de la autonomía estatutaria para ordenar esta cuestión. En el primer sentido, resultan plenamente admisibles las cláusulas estatutarias de la administrada que expresamente prevean la continuidad del ente en el cargo⁸¹⁸. Del mismo modo, deben aceptarse las

⁸¹⁶ STJUE de 5 de marzo de 2015, C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA. En la doctrina española, matiza la interpretación del TJUE, en el sentido de valorar la existencia de una previsión por el Derecho nacional, ARENAS GARCÍA, R., “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida”, *La Ley Unión Europea*, 28 (2015), pp. 1-11 [versión electrónica], en concreto, p. 6.

⁸¹⁷ Favorable a nuestra tesis, LÈCENE-VILLEMONTÉIX, M., POHÉ, D., “L’absorption d’une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance”, cit., p. 368.

⁸¹⁸ LÈCENE-VILLEMONTÉIX, M., POHÉ, D., “L’absorption d’une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance”, cit., p. 371. También en favor de anticipar las consecuencias de las modificaciones estructurales sobre esta clase de vínculos,

disposiciones que sometan la conservación del negocio a la previa autorización de la Junta general. Por otra parte, la transmisibilidad del vínculo podría verse afectada si la sociedad administrada hubiese reservado la administración a determinadas personas jurídicas, por ejemplo, a los tipos sociales capitalistas o incluso a aquellos en los que los socios no responden personalmente de las deudas, excluyendo así a la sociedad comanditaria por acciones. De esta forma, si la resultante fuera una sociedad de alguno de los tipos excluidos por vía estatutaria, la modificación estructural situaría al ente administrador en una incompatibilidad, con las consecuencias ya indicadas. Además, en atención a las divergencias doctrinales apuntadas, puede resultar más recomendable acordar el cese del ente gestor que se someta a la modificación estructural, designando posteriormente a la resultante o beneficiaria.

2. El cese del representante

Por influencia francesa, la Ley de Sociedades de Capital dedica a esta cuestión el apartado segundo de su artículo 212 *bis* LSC. En él se establece la ineficacia de la revocación del representante en tanto no se designe a su sustituto. Por una parte, la norma quiere asegurar la estabilidad en el funcionamiento del órgano de administración, pues, de faltar el representante, la persona jurídica se vería impedida de ejercitar el cargo. Pero, además, la previsión trata de garantizar que, en todo momento, el Registro Mercantil tenga constancia de la identidad de una persona física jurídicamente vinculada al ente gestor.

KRAJESKI, D., “Incidence de la considération de la personne sur l’apport partiel d’actif”, *Bull. Joly Soc.* 2 (2003), p. 192.

2.1. Presupuestos interpretativos del cese del representante permanente

Antes de indagar en las específicas circunstancias del cese de un representante permanente, procede fijar una serie de presupuestos interpretativos en esta materia. Se trata de adoptar un concreto posicionamiento con respecto al régimen normativo, pues la técnica legislativa plantea dos cuestiones hermenéuticas esenciales. La primera consiste en determinar el significado que debe atribuirse a la expresión “revocación”, utilizada en el artículo 212 *bis* 2 LSC; la siguiente se refiere al momento de producción de efectos de la destitución del representante que, de acuerdo con el mismo precepto, coincide con la designación de su sustituto.

2.1.1. Significado del término “revocación” en el artículo 212 bis 2 LSC

En materia de cese del representante, el artículo 212 *bis* 2 LSC establece que su revocación no producirá efectos en tanto no se designe a la persona que lo sustituya. De nuevo, se refleja la influencia de sus homólogos comparados, francés y belga, que también dedican una disposición al supuesto de revocación. En el código belga se establece que no cabe la revocación del representante, sin designación simultánea de su sucesor (art. 61.2 del *Cds*). En el modelo galo, la previsión es similar, imponiendo al ente administrador que provea el reemplazo al tiempo de la revocación (art. L.225-20.II *Ccomm*). La Ley de Sociedades de Capital se desmarca de los anteriores, declarando la ineficacia de la revocación del representante.

En los tres modelos, el término “revocación” plantea dudas sobre su significado. En efecto, no está claro si la expresión indica que sólo es necesaria la sustitución del representante cuando la vacante haya sido causada por voluntad de la propia entidad administradora, al cesar a su mandatario, o, en cambio, se refiere a cualquier supuesto en el que se ponga fin al cargo. Generalmente, la “revocación” se identifica con el ejercicio de la facultad de cese por parte del sujeto que ostenta dicha potestad, por oposición a la extinción de la relación por causas ajenas a su voluntad⁸¹⁹. En el caso español, la interpretación literal sugiere que sólo el cese del representante por voluntad de la persona jurídica será ineficaz si no va acompañado de la designación de su sustituto. Lo cierto es que el precepto reproduce el término empleado en el artículo 1734 C.C., relativo a la “revocación” del mandatario. En los modelos francés y belga, no existiría obligación de sustituir al representante, salvo en caso de que fuera cesado por el ente. Sin embargo, en Francia, la duda se resuelve en el artículo R.225-16.2 *in fine* del *Code de Commerce*, en el que se concreta que también debe designarse sustituto en caso de dimisión o fallecimiento del representante⁸²⁰.

Volviendo a la norma española, el tenor literal parece excluir cualesquiera otros supuestos de cese del representante, a saber, su propia renuncia, el incumplimiento sobrevenido de los requisitos para ocupar el cargo de administrador en la sociedad, la extinción del poder de representación, incluido aquí el supuesto de extinción de la relación representativa subyacente. Una restricción tal resultaría injustificada, pues el legislador no puede desear que el

⁸¹⁹ Así se interpreta también el término revocar en la doctrina belga, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 321. En la doctrina general de los administradores, la revocación se define como el “acto” que elimina los efectos del acto de nombramiento en SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., cit., p. 136.

⁸²⁰ Por su parte, el artículo R.225-17 *Ccomm* utiliza, simplemente, el término cese (*cessation*).

cese por cualquier causa del representante produzca efectos, a pesar de no haberse designado a su sustituto y, en cambio, no lo haga cuando se trate de una decisión discrecional de la persona jurídica. En tal sentido, debe acogerse una interpretación extensiva que, a nuestro juicio, se justifica en una ampliación teleológica de la literalidad del precepto⁸²¹.

Siguiendo en esta línea, cabe plantear que la referencia a la revocación se identifique con una intervención necesaria de la persona jurídica a través de su órgano competente para formalizar la extinción del mandato y operar una nueva designación. De ser así, no habría que otorgar valor interpretativo al término “revocación” en el sentido propuesto, sino extraer de él la exigencia de que el ente intervenga para designar a un nuevo representante. La cuestión entronca directamente con el momento de producción de efectos del cese, que se analiza seguidamente.

2.1.2. El momento de producción de efectos del cese del representante

El segundo apartado del artículo 212 *bis* LSC plantea una nueva duda hermenéutica, referida al momento de producción de efectos de la revocación del representante. En el precepto, la revocación (*rectius*, el cese) del representante adquiere eficacia desde la designación de su sustituto, esto es, desde que se opera válidamente el acto previsto en el apartado anterior. Con ello, la norma minimiza el riesgo de que el ente se vea impedido de ejercitar el cargo por la ausencia de representante. Con la nueva designación, despliega

⁸²¹ En este sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 114. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 745. EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 158. Parece optar por una ampliación, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2.

eficacia el cese del representante anterior, con independencia de su constancia en el Registro Mercantil. Sin embargo, entre la nueva designación y la publicación en el BORME de su inscripción en el Registro Mercantil -momento en el que ésta será oponible frente a terceros (arts. 9 RRM y 21 Cdc)-transcurrirá cierto lapso durante el cual, el representante originario sería el único que podría actuar válidamente. En otros términos, aunque la norma declare la eficacia de la revocación, ésta no resultará oponible frente a terceros en tanto no aparezca refrendada por el Registro. Del mismo modo, ningún acto social en el que conste la participación del representante no inscrito tendrá acceso al Registro Mercantil.

Las dificultades hermenéuticas tienen su origen en una enmienda introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2011. En ella se proponía completar la regla relativa a la sustitución del representante, exigiendo, como requisito de validez, la inscripción de la nueva designación en el Registro Mercantil⁸²². Al amparo de la propuesta reformadora, se condicionaba la eficacia del cese del primer representante a la inscripción de su sustituto y no a la mera designación, como en el texto vigente. Sin embargo, en la versión finalmente aprobada, la referencia a la inscripción del nuevo representante se contempla en una oración separada e *in fine* del apartado segundo del artículo 212 *bis* 2 LSC. El hecho de que se dedique una oración diferente a la inscripción supone que la eficacia del cese se condiciona, simplemente, a la designación del nuevo representante, sin que resulte necesaria su constancia registral. De *lege data* existe un espacio temporal, instaurado artificialmente por la norma, durante el cual, la designación del nuevo representante resulta eficaz, aunque no sea conocida por quienes se

⁸²² Enmienda núm. 39 Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 111-11, de 30/05/2011, p. 17.

relacionen con la administrada. Esta eficacia será, en todo caso, muy limitada, pues se referirá a actos sin trascendencia externa. El problema radica en que la norma ignora un elemento relevante, a saber, el conocimiento efectivo por parte de la sociedad administrada. En efecto, por regla general, esta circunstancia condiciona la reclamación de responsabilidad por parte de la gestiona⁸²³. En cambio, al situarse la eficacia del cese en el momento de designación, el Reglamento ofrece un argumento en favor de la tutela de la persona natural, pues no se le hace responsable de la falta de notificación a la administrada ni de la inscripción registral de que ha sido sustituido.

Por último, interesa la comunicación a la sociedad administrada de que el representante ha sido sustituido. En el ejemplo francés, la sección reglamentaria del *Code de Commerce* impone al ente la notificación, sin dilación y por carta certificada, tanto de la revocación, como de la identidad del nuevo representante (art. R.225-16.2 *Ccomm*). La *Cour de Cassation* ha interpretado que tal comunicación constituye un requisito de validez del cese⁸²⁴. Si la norma española pospone la eficacia del cese al momento de la nueva designación, aunque la oponibilidad a terceros quede relegada al momento oportuno, su homóloga francesa supedita la validez del acto al

⁸²³ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 697-728, en concreto, p. 612.

⁸²⁴ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 21 juillet 1975, 74-11746. En este sentido, A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 25. Con carácter previo, una pregunta ministerial había afirmado la inoponibilidad a los terceros de la revocación que no respetara las formalidades previstas en el precepto. *Journal Officiel de la République Française. Débats Parlementaires, Sénat. uestions remises à la présidence du Sénat et réponses des Minsitres aux questions écrites, 13 février 1973*, pp. 66, remitiendo a las normas generales relativas al mandato que, entre nosotros, coincidirían con los artículos 1734 y 1735 C.C. Acogiendo esta tesis, y en contra de la nulidad de la revocación, LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 222. Consideran que la disposición tutela los intereses de los terceros, CAUSSAIN, J-J., *Le directoire et conseil de surveillance de la société anonyme*, cit., p. 125.

conocimiento por la administrada. En nuestro ordenamiento, esta obligación puede fundarse en el deber de diligencia de la persona jurídica, así como en la necesidad de inscribir el nombramiento del ente y la designación de su representante en el Registro Mercantil.

2.2. Causas de cese del representante

Sentados los presupuestos interpretativos del régimen del cese del representante, procede retomar el análisis de cada una de las circunstancias particulares que pueden motivar la extinción del mandato. Las causas del cese del representante pueden clasificarse en dos grandes constelaciones, según la extinción del cargo se produzca de forma simultánea o subsiguiente a la extinción del mandato del ente como administrador o, en cambio, sea independiente de esta circunstancia. La primera constelación acoge todos aquellos casos en los que el mandato de la persona jurídica expira, bien por el transcurso del plazo legal o estatutariamente establecido sin que se produzca su reelección, bien por remoción de cualquier forma. En ambos casos, el cese es automático y se funda en la pérdida de la condición de administrador del ente, presupuesto de la subsistencia del cargo de representante permanente. En el segundo grupo se situarían todas las demás circunstancias en las que se ponga fin al cargo previsto en el artículo 212 *bis* LSC. Esta gama puede relacionarse con la quiebra de la relación fiduciaria entre ambos, así como con la pérdida de la confianza de la sociedad administrada, que obligue al ente a sustituir a su representante. También aquí se situarían las circunstancias relacionadas con la dimisión del representante o la desaparición de los presupuestos necesarios para ocupar el cargo, incluido el evento de su fallecimiento.

2.2.1. Cese del representante por extinción del mandato de la persona jurídica

El representante cesará en el cargo siempre que lo haga el ente administrador, dado que su presencia en el órgano de administración sólo se justifica de este modo⁸²⁵. En este caso, la extinción del mandato de representante no afecta a otros vínculos de naturaleza representativa existentes entre la persona moral y la persona física. Por su parte, la sociedad administrada podrá ejercer su facultad de cese *ad nutum* ante la disparidad de criterio sobre la elección del representante. Como en el momento de la designación, ésta carece de facultades formales de intervención en esta cuestión y, en todo caso, ostenta la prerrogativa de cese del ente gestor. Por su parte, resulta aplicable al representante el artículo 224.2 LSC, de forma que la Junta general podrá acordar su cese si considera que posee intereses opuestos a los de la sociedad. El ente gestor deberá ejecutar la decisión, sustituyendo a la persona física.

2.2.2. Cese del representante por voluntad del administrador persona jurídica

La Ley de Sociedades de Capital construye el régimen del administrador persona jurídica a partir de la exigencia de un representante permanente,

⁸²⁵ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2333. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 258. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 223. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 12.

libremente designado por el ente. Como correlato de esa facultad de designación, el representante puede ser cesado por la persona jurídica. La doctrina mayoritaria se decanta por una facultad de cese *ad nutum*⁸²⁶, eco de la prerrogativa de libre cese de la sociedad sobre el administrador. Ahora bien, no existen pautas normativas que justifiquen esta aproximación, de modo que su fundamentación ha de buscarse en otro lugar. En tanto norma de aplicación supletoria, los artículos 1720.1 y 1733 C.C., relativos al mandato, ofrecen el mismo resultado, indicando que la facultad de cese corresponde al mandante⁸²⁷. Según se ha analizado, esta facultad debe cohonestarse con el carácter permanente del representante, por lo que se somete los criterios de justificación, oportunidad y no arbitrariedad⁸²⁸.

⁸²⁶ Entre nosotros, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2325. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2955. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 67. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54. CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1111. En Francia, HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 315. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 12. ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 208. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 389. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 737. En Bélgica, WILLERMAIN, D., “Le statut de l’administrateur de société anonyme: principes, questions et réflexions”, cit., p. 224. POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 320.

⁸²⁷ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 12.

⁸²⁸ Sobre estos parámetros, extraídos de la nota de estabilidad, véase *supra* Capítulo V, III.5.

2.2.3. *Dimisión del representante*

El representante puede dimitir, presentando su renuncia ante la persona jurídica⁸²⁹. De nuevo, esta posibilidad es admisible, tanto desde el Derecho de sociedades de capital, como desde su calificación supletoria como mandatario (*ex* artículo 1732.2 C.C.). La duda reside en el momento de la notificación a la sociedad. Siguiendo la pauta del ordenamiento francés, la notificación debe realizarse una vez designado el nuevo representante (art. R.225-16.II *Ccomm*). En este país, se propone que el ente remita copia de la carta de dimisión a su administrada⁸³⁰. Trasladado a nuestro ordenamiento, donde la notificación no es requisito de eficacia del cese, cabrían dos posibilidades. Si se prevén dilaciones en la designación del nuevo representante, el ente debería informar de que se ha producido la vacante y de que se dispone a tomar las disposiciones necesarias para cubrirla. En cambio, el supuesto ideal es aquél en el que la persona jurídica notifica simultáneamente el cese del representante y la identidad del nuevo. Recuérdese que el cese por dimisión tampoco resultará inscribible en tanto no se designe nuevo representante.

En tales casos, deberá atenderse a dos circunstancias. Por un lado, el supuesto diferirá según el origen del poder de representación. Si éste fue otorgado con motivo de la designación como representante permanente, es probable que la persona jurídica desee revocar expresamente el poder. En cambio, es posible que el representante acumule otro cargo representativo en

⁸²⁹ HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 315. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, Mg. 12. Entre nosotros, MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1381. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2335. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54.

⁸³⁰ ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 208.

la persona jurídica que los interesados deseen mantener. Piénsese, por ejemplo, en que la dimisión venga motivada por desavenencias en el órgano de administración de la sociedad en cuestión y no esté relacionada con la quiebra de la relación fiduciaria entre la persona física y el ente.

Con carácter previo a la promulgación de la Ley 25/2011, se había valorado la posibilidad de aplicar al representante la doctrina que niega efectos al cese por dimisión del administrador, si ello deja acéfala a la sociedad⁸³¹. En puridad, el régimen jurídico-positivo del representante permanente responde a la misma lógica que aquella doctrina: garantizar el ejercicio del cargo e indicar a los terceros, en cada momento, quién es la persona legitimada para hacerlo. Se trata, pues, de asegurar la operatividad del titular orgánico y la tutela del tráfico, del mismo modo en que la referida doctrina pretende garantizar la del órgano. Ambas interpretaciones representan una concreción de los artículos 1736 y 1737 C.C., de acuerdo con los cuales, la renuncia del mandatario es libre, pero éste debe mantenerse en el cargo mientras el mandante tome las disposiciones oportunas para suplir su ausencia⁸³². A pesar de la teleología común de ambas doctrinas, en nuestro caso, la sociedad administrada no quedará acéfala, siempre que el ente no fuera el único administrador. Con todo, formalmente, la persona jurídica se mantendrá válidamente en el cargo, aunque se verá impedida de actuar⁸³³.

⁸³¹ MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1381.

⁸³² DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2336.

⁸³³ MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1381. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2335.

2.2.4. Cese derivado de las vicisitudes relativas al poder de representación

El poder de representación de la persona jurídica es elemento esencial para la subsistencia del cargo de representante. Por consiguiente, la constelación reúne aquellos supuestos en los que exista otro vínculo de naturaleza representativa entre la persona física designada y el administrador persona jurídica, que otorgue cobertura al negocio previsto en el artículo 212 *bis* LSC. Cuando este vínculo se extinga, es probable que también lo haga el poder de representación que ampare el mandato como representante, por lo que desaparecerá el presupuesto habilitante para el ejercicio del cargo. Como resultado, salvo que se tomen las medidas oportunas, el mandato de representante se extinguirá⁸³⁴.

Para evitar el cese en el cargo de representante con motivo de la desaparición del vínculo subyacente, será necesario otorgar un nuevo apoderamiento en

⁸³⁴ La idea es común en la doctrina patria, aunque no ha sido expresada en los mismos términos en tanto, generalmente, no se identifica el poder de representación como presupuesto esencial. Contrástese, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54, quien considera admisible el acuerdo de mantenimiento en el cargo, lo que, a nuestro juicio, requeriría un nuevo acto de apoderamiento. Así, por ejemplo, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 258, relaciona la extinción del cargo que la persona jurídica represente en el ente con la extinción del cargo, extremo que sólo puede compartirse si el referido cargo es de naturaleza representativa y el poder conferido en virtud de aquél es el presupuesto habilitante del ejercicio de funciones como representante permanente. Más próxima a la tesis sostenida es la propia de DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2333, quien sí identifica la esencialidad de la naturaleza representativa de la relación subyacente. Se entiende que, en tales casos, la extinción de este negocio jurídico subyacente determina la pérdida de la condición de representante persona física. Aunque no utiliza estos argumentos, conduce a la misma solución, la interpretación de GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, cit., p. 141. A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 25. DALSACE, A., “L’administration et la direction des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales”, cit., p. 17.

favor de la persona física⁸³⁵. Piénsese, por ejemplo, en que el administrador de una persona jurídica sea su representante permanente en la administración de otra sociedad y, llegada la fecha de finalización del mandato como administrador, ambos estuvieran interesados en que el designado continuara en su condición de representante. No parece necesario reiterar que cualesquiera otras relaciones jurídicas de naturaleza no representativa acumuladas al cargo de representante no afectarán a este vínculo. Y, a la inversa, el cese del cargo *ex* artículo 212 *bis* LSC no determina la extinción de otros vínculos entre la persona natural y la persona jurídica⁸³⁶.

Con todo, resulta aconsejable atender a varias circunstancias. En primer lugar, si con la desaparición del vínculo subyacente, el sujeto cesa también como representante, conviene manifestar este extremo en el acto correspondiente. A tal efecto, bastaría una mención de que la persona cesa en todos los cargos representativos de la persona jurídica o una alusión específica a su función como representante permanente. El acto permitirá preconstituir la prueba de la extinción del mandato, lo cual puede revestir cierta utilidad como defensa frente a responsabilidades nacidas desde esa fecha y que sean exigidas al representante originario al amparo del artículo 212 *bis* 2 LSC. El cese carecerá de eficacia hasta que se designe al sustituto, pero, una vez extinto el mandato del primer representante, esta obligación descansará ya sobre el ente titular. Por este motivo, el cesado se encuentra a expensas de que el ente actúe con la diligencia que exige su condición de titular orgánico. Si de la ausencia de designación de nuevo representante se derivará responsabilidad para el cesado, el documento acreditativo del cese podría amparar una reclamación en vía de regreso frente a la persona jurídica.

⁸³⁵ Aunque comparte la tesis de fondo, no se refiere a la necesidad de un nuevo apoderamiento, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54.

⁸³⁶ RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 54.

2.2.5. Otras causas de cese del representante

El mandato del representante expira como consecuencia del incumplimiento sobrevenido de los requisitos necesarios para ocupar el cargo de administrador. En tanto causas de extinción del mandato, el fallecimiento y la declaración de concurso de la persona física representante deben estimarse circunstancias extintivas de la relación establecida al amparo del artículo 212 *bis* 1 LSC (art. 1732.III C.C.)⁸³⁷.

VIII. DURACIÓN DEL CARGO, REELECCIÓN Y CADUCIDAD

Bajo este epígrafe se analizan concretos aspectos posicionales, a saber, la duración del cargo de administrador, la reelección en el mandato y su caducidad, tanto en relación con el ente administrador, como con su representante. Por lo general, rige aquí el principio de igualdad de tratamiento del administrador persona jurídica y, en todo caso, las derogaciones al régimen general se deben a la presencia de la persona natural representante.

1. Duración del cargo del administrador persona jurídica

Ninguna particularidad presenta la duración del cargo de administrador en el caso de que la vocalía sea ocupada por una persona jurídica. Por consiguiente, las previsiones estatutarias en la materia (*ex* artículos 221.1 y 2 LSC) resultarán aplicables a los entes administradores sin matiz alguno. En la

⁸³⁷ A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 25.

sociedad de responsabilidad limitada, si los estatutos no han fijado una específica duración, el cargo del ente administrador puede prolongarse de forma indefinida (art. 221.1 LSC). Lo mismo ocurrirá en la sociedad anónima si el ente es reelegido en cada ocasión, una vez finalizado el término estatutario o, en su defecto, el legal supletorio de seis años (art. 221.2 LSC). Teniendo en cuenta que el ente no se verá afectado por vicisitudes personales (fallecimiento, enfermedad, jubilación), podría perpetuarse en el cargo de forma ilimitada. Esta circunstancia puede resultar de utilidad en supuestos de relevo generacional en la sociedad o en cualquier otra circunstancia generadora de tensiones intrasocietarias que afecten al reparto de las vocalías del órgano. El ente administrador se mantendría en la titularidad y serían sus integrantes o administradores quienes adoptarían las decisiones que el representante trasladaría al órgano de administración.

En materia de aplicación de la norma, la presencia de dos sujetos (ente y representante) ha sugerido algunas dudas por lo que respecta al cómputo del plazo de duración del mandato. En la doctrina general se discute si el plazo legal o estatutario computa desde la fecha de designación o desde la aceptación por parte del administrador, tesis que se extiende al administrador persona jurídica. Los autores se decantan de forma mayoritaria por la primera opción, bajo el argumento de que la duración del mandato no puede dejarse a la voluntad del designado⁸³⁸. Esta solución debe mantenerse en relación con los

⁸³⁸ En este sentido, se refiere, a la fecha de designación, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., cit., p. 99. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 126. Duración del cargo”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1402-1412, en concreto, p. 1405. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, cit., p. 126. CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1072, produciéndose así la caducidad de todos los mandatos al tiempo.

entes administradores, a pesar de que, en estos casos, la aceptación pueda dilatarse en el tiempo como consecuencia de la intervención de los órganos de la persona jurídica⁸³⁹. Por su parte, la designación del representante no es requisito de validez del mandato, por lo que el inicio del cómputo no puede, en ningún caso, trasladarse a ese momento.

2. Duración del cargo de representante

La libertad del ente para sustituir a su representante impide trasladar a este sujeto las normas en materia de reelección de los administradores. En primer lugar, el límite inferior de duración del mandato del representante debe fijarse teniendo en cuenta, por un lado, la facultad de cese *ad nutum* que compete al ente y, por otro, su vocación de permanencia. La necesaria estabilidad del órgano pivota en contra de cambios intempestivos o constantes del representante persona física. Además, tales sustituciones diluirían la responsabilidad de las personas físicas que intervinieran sucesivamente, contraviniendo el espíritu mismo del modelo normativo. En este contexto, debe alcanzarse el equilibrio entre la prerrogativa de la persona jurídica administrador y la conveniente estabilidad del órgano. A tal efecto, cabe acudir al artículo R.225-16.I *Ccomm*, donde se establece que el mandato de representante les es conferido por la totalidad de la duración del cargo de la persona jurídica. No está claro si la disposición reglamentaria francesa fija una presunción de continuidad del representante o se trata de una obligación del ente de conferir el mandato representativo, al menos, con tal duración. En este

⁸³⁹ En este sentido, CANO FERNÁNDEZ, E., “Representación de Sociedades Anónimas”, cit., p. 1111. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 862 y nota 30.

segundo caso, el legislador estaría limitando el riesgo de extinción sobrevenida del poder de representación.

Aun en ausencia de previsión expresa, también en el caso español cabe extraer teleológicamente una presunción de mantenimiento del representante en el cargo. En primer lugar, la permanencia inherente al representante indica que la persona física se mantendrá en su condición en tanto persista el mandato del titular. Asimismo, puede deducirse *a fortiori* del artículo 143.2 RRM, pues, si el Reglamento del Registro Mercantil presume la continuidad en el cargo del representante en el supuesto de reelección del ente titular, cabe sostener que el legislador asume la permanencia del sujeto a lo largo del mandato⁸⁴⁰. Más problemáticos aparecen los supuestos en que el poder de representación tenga su origen en un vínculo anterior que estuviera llamado a extinguirse antes de que finalice el periodo para el cual fue nombrado administrador la persona jurídica. En tales casos, el ente debería tomar las precauciones necesarias para que la persona física conserve, en todo momento, facultades de representación.

Por lo que respecta al límite máximo de duración del mandato, el problema se plantea en aquellos casos en que los estatutos sociales excluyan la reelección de los administradores⁸⁴¹. En tales supuestos, el límite debe aplicarse al representante permanente, pues, de lo contrario, la institución estudiada permitiría eludir las limitaciones estatutarias. De este modo, a efectos del cómputo, deberá tenerse en cuenta, tanto el tiempo que la persona física haya ocupado en el cargo como titular, como el que haya ejercido en tanto representante de un ente.

⁸⁴⁰ Así, también, JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 877.

⁸⁴¹ Admisible, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 1ª ed., cit., pp. 121-122.

La persona jurídica y su representante podrán establecer pactos al respecto de la duración del mandato o de la permanencia en el cargo, al amparo del artículo 1733 CC⁸⁴². Sin embargo, la doctrina ha considerado que la duración mínima del cargo de administrador que los estatutos pueden establecer es de un año, en tanto la gestión será aprobada anualmente por la Junta general (art. 160.a) LSC)⁸⁴³. Este límite inferior deberá ser tomado en consideración por la persona jurídica y su representante a la hora de ordenar la vertiente interna. De lo contrario, se frustraría la nota de permanencia, diluyendo la responsabilidad del ente entre varios representantes sucesivos. Por último, las disposiciones que prevean el cese anticipado del representante sólo tendrán eficacia si, alcanzada la fecha prevista para la extinción, se designa a un nuevo representante⁸⁴⁴. De lo contrario, sólo legitimarán al representante a exigir que el ente administrador opere un nuevo nombramiento y a percibir, en su caso, daños y perjuicios derivados del incumplimiento⁸⁴⁵. A nuestro entender, cabría configurar el mandato como irrevocable, siempre que se respetaran las normas societarias imperativas y los estatutos de la administrada⁸⁴⁶.

⁸⁴² En sede de mandato, GORDILLO CAÑAS, A., “Artículo 1727 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1567-1570, en concreto, p. 1585.

⁸⁴³ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 124. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cit., p. 642.

⁸⁴⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 253-254.

⁸⁴⁵ Aplicando al supuesto la norma propia del mandato, GORDILLO CAÑAS, A., “Artículo 1733 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1583-1586, en concreto, p. 1585.

⁸⁴⁶ POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 320. LEROUX, cit., p. 2. Esta posibilidad resulta inaplicable a los administradores titulares, siendo nulas las cláusulas contractuales de renuncia de esta facultad. Así, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., cit., p. 137.

3. Reelección. Especialidades aplicables al representante

La reelección de los administradores constituye el correlato del plazo máximo de duración del cargo de administrador, necesariamente estatutario en la sociedad anónima (art. 221.2 LSC), o legalmente supletorio en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 221.1 LSC). En materia de reelección, las normas contenidas en el artículo 221 LSC resultan de aplicación al ente titular. Al inscribirse la reelección del administrador, los datos de identificación de la persona jurídica se encuentran ya en el Registro Mercantil, por lo que no es necesario reproducirlos. En cambio, el representante permanente se somete a la presunción contenida en el artículo 143.2 RRM. En él se establece que, en caso de reelección del administrador persona jurídica, éste mantiene a su representante, salvo manifestación en contrario. A nuestro entender, puede considerarse como una norma presuntiva de la subsistencia del poder, orientada a favorecer el funcionamiento del órgano gestor de la administrada, cuyo origen se ha relacionado con una mención hoy desaparecida de la parte reglamentaria del *Code de Commerce*⁸⁴⁷.

La disposición se justifica por dos razones, una de orden formal o registral y otra relacionada con la continuidad de las tareas desarrolladas por el órgano. Por una parte, la presunción de mantenimiento del representante evita dilaciones en la inscripción de la reelección de la persona jurídica porque se reducen las formalidades necesarias para inscribirla. De esta forma, se equiparan los requisitos para la inscripción de la reelección de una persona jurídica a los propios de la designación de una persona física y la renovación

⁸⁴⁷ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, cit., p. 9128.

del mandato de las primeras puede acceder al Registro, sin necesidad de aportar documentación adicional sobre la identidad del representante⁸⁴⁸.

En el aspecto funcional, el artículo 143.2 RRM es análogo al artículo 146 RRM, que establece la continuidad de los cargos organizativos del consejo. Su finalidad es evitar que las vicisitudes posicionales alteren la marcha de trabajo en el órgano⁸⁴⁹. Como el representante, las figuras de presidente o secretario del consejo de administración (a excepción del secretario no consejero) no son designadas por la Junta general, pero su perpetuación depende del mantenimiento en la vocalía orgánica. El legislador ha querido propiciar el mismo resultado con el representante permanente. Además, la disposición es coherente con la doctrina general sobre inscripción de la reelección. Si no resulta necesario adjuntar otros datos de identificación del administrador, bastando con expresar la identidad y el hecho inscribible, parece lógico que el Reglamento exima al ente de una nueva designación o de una nueva acreditación. Bastará, pues, la expresión de que el representante se mantiene en el cargo. Pero, incluso si el documento de reelección no mencionara la identidad del representante, la inscripción de la reelección debería mantener al ya inscrito, por aplicación del artículo 143.2 RRM.

La norma no cumple sólo un fin operativo, sino que también retiene la responsabilidad del representante. En efecto, podría ocurrir que la reelección del administrador persona jurídica no fuera acompañada de una nueva designación de representante. De no existir la presunción de continuidad, el artículo 212 *bis* LSC podría ser objeto de ampliación teleológica, extendiéndose a los supuestos de reelección del ente titular. Ello permitiría

⁸⁴⁸ CASERO MEJÍAS, M., “El nuevo Reglamento de registro mercantil”, *RdS*, 7 (1997), pp. 71-97, en concreto, p. 81

⁸⁴⁹ POLO SÁNCHEZ, E. M., “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades capital”, *cit.*, p. 9128.

obtener el mismo resultado interpretativo que por la aplicación del artículo 143.2 RRM: el cese del representante no produce efectos en tanto no se designe a la persona que lo sustituya y, si se produjera la reelección del ente sin solución de continuidad y sin revocación expresa del representante, éste se mantendrá en el cargo hasta que se acordara una nueva designación.

A la vista de lo anterior, resulta que el representante no requiere ser reelegido o, al menos, su reelección carecerá de relevancia societaria. La temporalidad en el cargo es un instrumento de tutela de la minoría en la sociedad anónima, pues posibilita el ejercicio del nombramiento proporcional (art. 243 LSC)⁸⁵⁰. Sin embargo, en tanto la designación de representante no requiere intervención de la Junta, pierde aquí su finalidad tuitiva. Con todo, la presunción de continuidad importa al representante por varias razones. Por un lado, porque determina una prórroga tácita de su mandato. De este modo, las disposiciones adoptadas en vía interna con respecto a la duración del encargo no obstaculizarán su permanencia como representante inscrito. En tal caso, la persona física puede anticipar la fecha de la reelección y exigir al ente administrador la designación de nuevo representante, con el fin de comunicarla a la sociedad e inscribirla en el Registro Mercantil. Por tal motivo, un representante permanente sólo podría oponer frente a su mandante que su mantenimiento en el cargo es irregular si, con antelación suficiente, hubiese adoptado las medidas necesarias para ser válidamente sustituido con ocasión de la reelección de la persona jurídica.

Como medida defensiva, el representante puede comunicar personalmente a la sociedad administrada su cese en el mandato, siempre que lo haya puesto en conocimiento de su mandante en tiempo y forma. De este modo,

⁸⁵⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, *RDM*, 153-154 (1979), pp. 411-460, en concreto, pp. 431-432, pone énfasis en que permite redirigir la política empresarial.

preconstituirá prueba que facilite su exoneración frente a aquellas acciones de responsabilidad que se ejerciten tomando como referencia la inscripción registral. El juzgador valorará la diligencia del representante como un elemento favorable a su exoneración⁸⁵¹. El 236.5 LSC está ideado para tutelar a los terceros frente a las vicisitudes de la relación interna. Sin embargo, la teleología de la norma no exige ignorar toda vicisitud posicional ni la diligencia desplegada por cada sujeto. En otro orden de cosas, en determinadas circunstancias, especialmente, en la proximidad de la insolvencia, el ente titular puede verse ante dificultades para seleccionar a un nuevo representante, extremo que, conocido por el representante inicial, convertiría su baja voluntaria en intempestiva.

4. Caducidad

La caducidad del mandato del ente administrador se produce como consecuencia de la celebración de la primera Junta general posterior a la expiración del plazo de duración del mandato (art. 222 LSC) o, en su caso, transcurrido el plazo de celebración de la Junta general ordinaria, esto es, los primeros seis meses del ejercicio (*ex art. 222 in fine* en relación con el artículo 164.1 LSC)⁸⁵². La caducidad afecta al mandato como titular orgánico y sólo posee un efecto reflejo sobre el representante permanente. Tampoco el representante se ve sino indirectamente afectado por la caducidad derivada de

⁸⁵¹ Se trata de extender aquí la doctrina del Tribunal Supremo que excluye la responsabilidad de los administradores cesados o con cargo caducado, cuyo cese no se hubiera inscrito, pero que hubieran requerido a la sociedad la inscripción. requerido al administrador único la inscripción de su cese STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 septiembre de 2007 (núm. 951) [RJ 2007\784].

⁸⁵² En general, MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 126. Duración del cargo”, cit., pp. 1408-1409.

la falta de ratificación en caso de cooptación (art. 145 RRM). El mantenimiento en el cargo del administrador persona jurídica con cargo caducado afecta a su representante.

IX. SUPLENTE

Seguidamente, debe analizarse la incidencia del artículo 216 LSC, relativo a la designación de suplentes, sobre la figura objeto de estudio. Cabe destacar que el administrador persona jurídica constituye un mecanismo orientado a minimizar las vicisitudes posicionales, función que también cumple el instituto de las suplencias.

1. Suplente del administrador persona jurídica

Es posible preordenar la vacante originada por un ente administrador, a partir de la designación de suplentes, de conformidad con el artículo 216 LSC. El suplente del administrador persona jurídica no será necesariamente un ente, sino que podría tratarse de una persona natural, incluso del propio representante permanente⁸⁵³. Cesado el ente titular, el representante pasaría a ocupar la vocalía en nombre propio. A pesar de ello, cabe pensar en supuestos en los que este escenario resulte imposible, por ejemplo, si el cese se produce como consecuencia de la adopción del acuerdo de promover la acción social de responsabilidad frente a ellos *ex* artículo 238.3 LSC.

⁸⁵³ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica administradora de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, cit., p. 859.

2. Suplente del representante

El carácter permanente y único del representante persona física elimina la posibilidad de suplencias puntuales. En estrecha relación con lo anterior, nos encontramos ante la posibilidad de que se designen suplentes del representante, esto es, otras personas físicas que, en caso de cese de la persona que figure inscrita, asuman inmediatamente el cargo⁸⁵⁴. En realidad, esta posibilidad no compete a la esfera de la sociedad administrada, ni siquiera a la normativa societaria, sino a la persona jurídica administrador. La razón por la cual se traslada el precepto a esta figura es el principio de asimilación, consagrado en el artículo 236.5 LSC. Sin embargo, excluida la aplicación al representante de las normas sobre nombramiento y cese de los administradores, escasa incidencia tendrá sobre él el artículo 216. Así, por ejemplo, si la sociedad adopta una previsión estatutaria que excluya el nombramiento de suplentes, no se coarta la libertad del ente administrador de adoptar las disposiciones que considere oportuno sobre el modo de proveer la vacante del representante. En la sociedad cotizada, la prohibición de designar suplentes no afecta a los representantes de un administrador persona jurídica, aunque el suplente deberá someterse al procedimiento de selección previsto en el artículo 529 *decies* LSC.

A pesar de ello, el suplente del representante permanente ha recibido notable atención por parte de la doctrina patria y comparada, sobre todo, ante supuestos de cese repentino del inicialmente designado⁸⁵⁵. Mediante el instituto de la

⁸⁵⁴ Posibilidad ésta ya barajada por DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una Sociedad Anónima”, cit., p. 2320.

⁸⁵⁵ Consideran esta posibilidad, MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 388. BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63. DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de

suplencia se da solución al problema de ausencia de representante, por el que tanto se preocupa el legislador. De este modo, si el ente ha previsto un suplente para su representante, puede agilizarse el acceso al Registro Mercantil del sustituto. En efecto, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, bastaría la aceptación por parte del suplente, sin resultar necesario un nuevo acto de designación⁸⁵⁶. En todo caso, el suplente del representante permanente no es inscribible en el Registro Mercantil ni cabe en este punto la extensión analógica del artículo 147.2.II RRM⁸⁵⁷. De hecho, la constancia estatutaria de los representantes resulta contraria al propio modelo normativo.

una sociedad anónima”, cit., p. 2320. ESTEBAN VELASCO, G., “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, cit., p. 733. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2954. JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, cit., p. 877. MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1380; CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 248. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 51. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 250. En la doctrina belga, en contra de la posibilidad de designar suplentes del representante, pero a favor del nombramiento de su sucesor, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 144. Aunque no observamos diferencia entre tales dos institutos, entendemos que la autora se refiere a la posibilidad de inscribir la identidad de más de una persona física.

⁸⁵⁶ Con todo, aunque existen ciertas dudas sobre la necesidad de la aceptación del suplente, la literalidad del artículo 147.2.2 RRM, aplicable al representante, sugiere que también deberá manifestarla su sustituto. En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Artículo 216. Administradores suplentes suplentes”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1542-1545, en concreto, p. 1544. El requisito de la aceptación es considerado conveniente por JUSTE MENCÍA, J., “La autonomía estatutaria y el cese repentino del administrador único, en la sociedad de responsabilidad limitada (RDGRN, 11-6-1992)”, *RdS*, 1 (1993), pp. 149-156, en concreto, p. 155. MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima: (la cooptación)*, Pamplona, Aranzadi, 1994, pp. 445-446. En relación con la figura, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 250 y nota 120.

⁸⁵⁷ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 250-251.

X. PARTICULARIDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN CON PERSONAS JURÍDICAS

La presencia de personas jurídicas en el órgano de administración introduce ciertas modificaciones en su dinámica de funcionamiento. A la vez, sugiere algunas hipótesis que no se verifican cuando el titular es una persona física y sobre las que se hace necesario reflexionar. A tal efecto, debe admitirse que la persona jurídica pueda aparecer como administrador, cualquiera que sea la forma que adopte el órgano. De este modo, podríamos hallarnos con un ente administrador único, solidario, mancomunado o incluso consejero⁸⁵⁸.

1. Atribución del poder de representación

La atribución del poder de representación al administrador persona jurídica se encuentra sometida a las reglas que ordenan esta cuestión, en particular, al artículo 233 LSC. De este modo, si el ente es el único administrador será él quien ostente el poder de representación, que ejercerá a través de su representante (art. 233.1.a) LSC). Alguna particularidad revisten los supuestos de órgano pluripersonal, en los que el poder de representación se confiera sólo a alguno o algunos de los administradores. Si el administrador persona jurídica carece de poder de representación, las limitaciones operan del mismo modo sobre la persona física representante, es decir, con alcance meramente interno (art. 234.1.II LSC).

⁸⁵⁸ ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, cit., p. 180. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., 280.

2. Cómputo del número de administradores

A la hora de calcular el número de administradores, sólo debe tomarse en consideración al titular del cargo, la persona jurídica. El representante no computa como un administrador más, de forma que la dualidad subjetiva en la vocalía no afecta a la determinación del número de administradores. Lo anterior será relevante en aquellos casos en los que este dato sea de importancia en el funcionamiento de la sociedad. Así será a los efectos de fijar el número, máximo y mínimo de presentes para la determinación del *quorum* o la mayoría necesaria para adoptar acuerdos en el consejo de administración, del reparto de la retribución de los administradores (art. 217.3 LSC) o para establecer la proporción de hombres y mujeres en el órgano.

3. Acumulación de cargos

La dualidad subjetiva que presenta el administrador persona jurídica abre la puerta a una serie de prácticas en materia de gobernanza societaria, cuya licitud debe ser analizada a la luz del régimen vigente. Como punto de partida, el ordenamiento societario español no presta atención a la acumulación de cargos en la persona de los administradores sociales. Pueden encontrarse normas en este sentido en la regulación de modelos dualistas, para establecer la incompatibilidad entre la condición de miembro del núcleo de dirección y de miembro del consejo de vigilancia, conocida en el caso de la sociedad anónima europea (art. 39.3 RESE). Procede, en cambio, examinar los límites a la concentración de cargos por parte del ente y de su representante a la luz de la normativa societaria española.

3.1. Acumulación sobre la persona jurídica

Cada persona jurídica puede ocupar una sola vocalía en el órgano de administración de una sociedad de capital. Ni su carácter colectivo ni la exigencia de actuación a través de un único representante permanente permiten al ente ser titular de más de un puesto en el órgano de administración de una sociedad. La tesis contraria alteraría las bases de funcionamiento del órgano, contraviniendo las normas que ordenan cada una de las formas de organizar la gestión en las sociedades de capital. El hecho de que esta posibilidad añada facilidades operativas no justifican este resultado⁸⁵⁹.

En cambio, nada impide que una misma persona jurídica ostente la titularidad de vocalías en distintas sociedades, como administrador común o compartido⁸⁶⁰. En esta materia, en el Derecho francés, las reglas que restringen la acumulación (art. 225-2 *Ccomm*) no son de aplicación al ente administrador, sino a su representante⁸⁶¹. La razón de la excepción debe buscarse en la finalidad de la norma limitativa. Por un lado, originariamente, la doctrina consideró que se trataba de limitar la concentración excesiva de poder

⁸⁵⁹ Esta propuesta se refleja en DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2322, quien la contemplaba como solución conciliadora en caso de que el propio ente gestor tuviera varios núcleos de poder.

⁸⁶⁰ Trasladando la idea desde el ordenamiento alemán, exclusivo de personas físicas, KORT, M., “§ 76 AktG”, cit., p. 188. HOFFMANN-BECKING, M., “Vorstands-Doppelmandate im Konzern”, cit., p. 374.

⁸⁶¹ En este ordenamiento, la *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, introdujo ciertas limitaciones a la acumulación de vocalías en una sola persona, con el fin de evitar la concentración de poder y, a la vez, el exceso de carga de trabajo sobre una misma persona. En concreto, el artículo L.225-21 *Ccomm* establece que una persona física no podrá ejercer, simultáneamente, más de cinco mandatos de administradores en sociedades anónimas con domicilio en Francia. A partir de una interpretación literal del artículo L.225-21 *Ccomm*, rechazaba esta práctica, GOURLAY, P-G., *Le conseil d’administration de la société anonyme*, cit., pp. 108-109. Hoy, BEBE EPALE, A., “Quel cadre législatif pour le cumul des mandats sociaux? ”, *LPA*, 158 (2011), p. 6. MALECKI, C., “Loi NRE: vers une réforme de quelques singularités relatives au cumul de mandats”, *LPA*, 205 (2002), p. 3.

en un solo sujeto y que tal finalidad desaparecería cuando el administrador fuera una persona jurídica⁸⁶². Otro argumento en contra de la acumulación es la dedicación a las tareas encomendadas, pues, dado que la persona jurídica puede nombrar a una persona física distinta para cada uno de los cargos que ostente, la norma no cumpliría finalidad alguna⁸⁶³. En nuestro caso, la acumulación de cargos también puede limitarse por la vía de los deberes de los administradores; un número inadecuado de vocalías, concentradas en un solo sujeto de derecho, impediría una dedicación adecuada a las tareas propias del órgano, lo que se deduce del deber general de diligencia, a partir del artículo 225.2 LSC.

3.2. Acumulación sobre el representante

Por lo que respecta a la acumulación de cargos sobre la persona del representante, debe distinguirse entre aquellas relaciones que la vinculen con el ente administrador, de aquellos otros cargos que pueda ostentar en la sociedad administrada. Las primeras han sido examinadas al caracterizar jurídicamente al representante permanente, así como para poner de manifiesto las particularidades de la acumulación de un vínculo subyacente en el momento de la designación⁸⁶⁴. Conviene, pues, examinar la posibilidad de que el representante permanente acumule otros vínculos con la sociedad administrada o que sean relevantes para esta última. Se trata de valorar si el representante permanente puede ser, a su vez, administrador a título personal en la sociedad administrada; si cabe la posibilidad de que intervenga en el órgano de administración en calidad de representante de más de un administrador persona

⁸⁶² GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 108.

⁸⁶³ GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 108.

⁸⁶⁴ Nos remitimos al Capítulo V, III.

jurídica, de forma simultánea; y, finalmente, debe prestarse atención al supuesto de que el representante ostente alguno de tales cargos (de administrador o de representante permanente) en más de una sociedad.

3.2.1. Representante que acumula la condición de administrador

El representante de un administrador persona jurídica no podrá ocupar una vocalía orgánica a título personal en la sociedad administrada. En la medida en que no ostenta formalmente la titularidad orgánica, la posibilidad de que ocupe, además, una vocalía en nombre propio, se ha planteado en los ordenamientos de referencia. En Francia, la cuestión de si la misma persona podía concurrir en el órgano, en nombre propio y como representante permanente, fue rechazada con ocasión de una pregunta ministerial en 1978, apoyada en el carácter deliberativo del órgano de administración, opinión sustentada por la doctrina⁸⁶⁵. En efecto, si el órgano funciona mediante el consenso alcanzado por sus miembros, a través de acuerdos adoptados en régimen de mayoría, la posibilidad de que una misma persona intervenga en una doble condición,

⁸⁶⁵ La pregunta ministerial puede consultarse en *Journal Officiel de la République Française. Débats Parlementaires, Assemblée Nationale. Questions remises à la présidence de l'Assemblée Nationale et réponses des ministres aux questions écrites, 18 mars 1978. Sociétés commerciales. Composition des directoires et conseils de surveillance*, 43253, p. 915. En la doctrina, RIPERT, G., *Traité élémentaire de Droit commercial*, cit., p. 866. GOURLAY, P.-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 100. CAUSSAIN, J.-J., *Le directoire et conseil de surveillance de la société anonyme*, cit., p. 124. ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 206. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 388. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., 225. En la jurisprudencia, adoptaba la misma postura la Cour d'Appel Nancy, 2^o ch., 17 septembre 1998, 98-001227. Seguida por, LE CANNU, P., "Peut-on être administrateur et représentant permanent d'un autre administrateur", *Bull. Joly Soc.*, 11 (1999), pp. 1113-1115, en concreto, p. 1113. En España, manifiestan su oposición a la práctica, RODRÍGUEZ DÍAZ, I., "El representante del administrador persona jurídica", cit., p. 51 y MÍNGUEZ SANZ, S., TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., RODRÍGUEZ CEPEDA, E., "Comentario a la Resolución de 11 de marzo de 1991", *RCDI*, 691 (1992), pp. 2199-2207, en concreto, p. 2206.

como representante y como administrador a título personal, podría afectar al colegio. Menor consenso existe en la doctrina belga, manifestándose la tensión entre los principios rectores del órgano y la autonomía de la voluntad. En este país, el principio de colegialidad se consagra expresamente en el artículo 521 del *Code des sociétés*. El precepto se enmarca en una reforma para la flexibilización del Derecho de sociedades belga, mediante la conocida como *loi corporate governance*⁸⁶⁶. En este contexto, algunos autores han considerado que el principio de colegialidad puede quedar preservado en estos supuestos siempre que, al menos, dos personas físicas participen en el órgano de administración, sea como administradoras a título personal o como representantes de un administrador persona jurídica⁸⁶⁷.

Esta interpretación supondría que, en cada caso, debería tomarse en consideración el número de miembros del órgano colegiado de administración, a fin de comprobar si concurre, al menos, una segunda persona física. Sin embargo, esta cifra puede variar en el curso de la vida social y, por consiguiente, afectar a la validez de los mandatos. La tesis supone atender, en cada momento, a la colegialidad real o efectiva, frente al llamado colegio legal. Con esta fórmula se alude a que el cálculo del número de administradores debe realizarse teniendo en cuenta la cifra establecida por los estatutos o fijada por la Junta general, con independencia de los vocales que se mantengan

⁸⁶⁶ WILLERMAIN, D., “Le statut de l’administrateur de société anonyme: principes, questions et réflexions”, cit., p. 228. En este sentido, en ella se introduce una composición mínima del consejo de dos miembros o la posibilidad de adoptar acuerdos sin sesión (art. 521 *Cds*).

⁸⁶⁷ Una postura radicalmente liberal, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 142. Con el límite del respeto a la colegialidad, POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 316. Admitiéndolo, pero consciente del riesgo para la colegialidad, CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, cit., pp. 329-330. Una postura intermedia, LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 2. Los trabajos preparatorios de la reforma reflejan esta preocupación; véase, *Doc. Parl. Chambre* 2001-2002, 1211/014, p. 245.

efectivamente en el cargo. El principio de colegio real indicaría que, en el consejo, el *quorum* se determinará atendiendo al número de vocales con cargo vigente. La cuestión se ha planteado en España, en relación con el *quorum* y la mayoría necesaria para adoptar acuerdos en el consejo de administración, en concreto, para que el consejo pueda cooptar válidamente. Doctrina mayoritaria y Dirección General de los Registros y del Notariado se decantan por el colegio real, entendiendo que, a efectos de determinar el número que consejeros que permiten reunir el *quorum*, debe tenerse en cuenta la cifra prefijada de consejeros y no el número de vocales con cargo vigente⁸⁶⁸. Nos parece que esta tesis se alinea mejor con los problemas propios del modelo de propiedad español y preserva la estructura de gestión acogida por los socios en los estatutos. Por ello, la admisión de una persona como titular no puede condicionarse a la subsistencia en el cargo de un número suficiente de sus miembros.

La contravención del régimen legal o estatutario del órgano constituye un argumento técnicamente más correcto que el principio de colegialidad para oponerse a esta práctica. En primer lugar, de admitirse, se verían defraudadas las normas que establecieran el número de administradores. Por ejemplo, en un

⁸⁶⁸ RDGRN de 31 de julio de 2014 [BOE, núm. 231, secc. III, pp. 74350-74354. Martes 23 de septiembre de 2014]; entre los autores, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, *RDM*, 189-190 (1988), pp. 367-434, en concreto, pp. 387-388. MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima: (la cooptación)*, Pamplona, Aranzadi, 1994, p. 362. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 145. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 658. Nos decantamos por esta tesis en DEL VAL TALENS, P., “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 2014”, EMBID IRUJO, J. M. (dir.), M^a M. ANDREU, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (coords.), *Archivo Commenda de Jurisprudencia Societaria (2013-2014)*, Granada, Comares, 2015, pp. 160-165, en especial, pp. 163-164, Para una posición contraria, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., “Quorum de constitución del Consejo de Administración de la S.A. Efectos jurídicos de la existencia de vacantes (el Consejo deficitario). Ideas y propuestas para una futura reforma”, *RdS*, 42 (2014), pp. 131-152, en concreto, p. 149.

órgano formalmente pluripersonal podría resultar que la toma de decisiones corresponde a una sola persona⁸⁶⁹. Ahora bien, el régimen de un solo representante permanente no limita la forma en que se organiza internamente el reparto de tareas propias del cargo en la persona jurídica administrador. Por este motivo, el representante puede verse constreñido a ejecutar en el órgano de administración las instrucciones dictadas por el ente gestor.

A partir de lo anterior, cabría deducir un principio de unidad, que puede formularse en el sentido de que, a cada persona, física o jurídica, corresponde una única vocalía orgánica. Tal principio ha sido formulado en sede de cooptación⁸⁷⁰, pero a su enunciado general habría que añadir que es indiferente que las funciones propias de la vocalía se ejerzan en nombre propio o como representante de un administrador persona jurídica. Además, el voto en el órgano de administración es por cabezas (*una testa, un voto*), sin que quepa atribuir un derecho de veto a ninguno de sus miembros⁸⁷¹. Permitir al representante ostentar una vocalía en nombre propio atribuiría al sujeto mayor poder de decisión en el órgano. Además, podría situarnos ante supuestos de contradicción entre el criterio de la persona natural y las instrucciones de la persona jurídica administradora. La hipótesis del voto divergente emitido por el representante es conocida en la Junta general (art. 524.1 LSC), pero inadmisibles en el caso del órgano de administración, en atención a la

⁸⁶⁹ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 18. MÍNGUEZ SANZ, S., TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., RODRÍGUEZ CEPEDA, E., “Comentario a la Resolución de 11 de marzo de 1991”, *RCDI*, 691 (1992), pp. 2199-2207, en concreto, p. 2206. CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 250; HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 216.

⁸⁷⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, cit., p. 402.

⁸⁷¹ ENRIQUES, L., *Il conflitto d’interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 351. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., pp. 122 y 168.

responsabilidad anudada al cargo. No es aceptable que el mismo sujeto salve su responsabilidad al votar en contra y, a la vez, resulte responsable por pronunciarse a favor del acuerdo lesivo en nombre del ente. Al advertir esta práctica, en similares términos se han pronunciado los asesores de voto, preocupados por la concentración de poder en manos de una sola persona⁸⁷². En tales supuestos, los *proxy advisors* animan el voto a favor de que la persona física sea nombrada administrador titular y en contra del administrador persona jurídica⁸⁷³.

Por último, existe un argumento de orden sustantivo, el debilitamiento de la responsabilidad. Y es que, si una persona responde en su propia condición y como representante, la regla relativa a la solidaridad del ente y el representante (art. 365.3 LSC) puede verse privada de efecto. En otros términos, al patrimonio del ente no se añadiría como garantía el de la persona física, en tanto éste ya respondería en calidad de administrador. El razonamiento anterior no tiene en cuenta que, en tal caso, la persona física sería responsable de su cuota de responsabilidad y, solidariamente, de la propia del ente. En cambio, no hay obstáculo a que el representante ocupe cargos en otras sociedades. A este segundo supuesto le será de aplicación la prohibición de competencia (art. 229.1.f) LSC), aunque también en este caso resultaría dispensable (art. 230.3 LSC).

3.2.2. La acumulación de cargos de representante en la misma sociedad

⁸⁷² INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES, Europe Summary Proxy Voting Guidelines. 2015 Benchmark Policy Recommendations, cit., p. 10. Deducíamos el recelo a esta práctica de la acumulación de poder en DEL VAL TALENS, P., “Legal entities as board directors: another entrenchment mechanism for European public companies”, cit., pp. 300-301.

⁸⁷³ INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES, Europe Summary Proxy Voting Guidelines. 2015 Benchmark Policy Recommendations, cit., p. 10.

Una segunda constelación consiste en que una sola persona física acumule dos o más cargos de representante permanente en una misma sociedad. Esta hipótesis tiene como premisa que el órgano de administración de la sociedad sea pluripersonal y, seguidamente, que de él sea miembro más de una persona jurídica. En modelos monistas de administración, la hipótesis se circunscribe al supuesto de que dos o más personas jurídicas designen a la misma persona como representante permanente en un único órgano de administración. Como en el caso anterior, la práctica podría conducir a la unipersonalidad fáctica de un órgano pluripersonal en el caso de que todos sus miembros fueran personas jurídicas y designaran como representante a la misma persona. Sin alcanzar tal extremo, en este supuesto, también se verían desvirtuadas las reglas relativas al número de administradores, fijadas en los estatutos sociales. Ante esta constelación existe una corriente doctrinal que admite esta posibilidad, siempre que no queden defraudadas las normas de funcionamiento del órgano. Así será si en el órgano interviene un número de personas físicas suficiente para constituirlo, esto es, exista *quorum* real⁸⁷⁴. En este sentido, en un consejo constituido por siete miembros y, por ejemplo, con un *quorum* de constitución de cuatro vocales, una misma persona podría acumular hasta cuatro cargos de representante de distintas personas jurídicas para que, concurriendo todos los demás miembros a la sesión, quedara válidamente constituido el consejo.

Para rechazar esta hipótesis, pueden traerse a esta sede las consideraciones a propósito de la colegialidad y el funcionamiento del consejo de administración, relativas al supuesto de que el representante permanente sea, además, administrador a título personal⁸⁷⁵. Adicionalmente, el recurso a una

⁸⁷⁴ POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 315, lo consideran posible aunque no excesivamente deseable en términos de gobernanza.

⁸⁷⁵ El rechazo es también unánime en la doctrina francesa, GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 100. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P.,

sola persona física elimina algunas de las ventajas operativas introducidas por la figura, pues, de incurrir en causa de cese, quedarían extintos todos sus mandatos, dejando a la sociedad acéfala. Por su parte, la hipótesis incrementa el riesgo de que el representante incurra en situaciones de conflicto, por recibir, por ejemplo, instrucciones contradictorias de cada una de las personas jurídicas a las que represente y verse obligado a emitir votos divergentes para un mismo acuerdo⁸⁷⁶.

En modelos de administración dualista, por ejemplo, en la sociedad anónima europea domiciliada en España, la misma persona física no podrá ser titular en nombre propio en uno de los órganos y participar en otro en calidad de representante (art. 39.3 RESE), así como tampoco representar en cada uno de ellos a personas jurídicas miembros. La solución es armónica con la propuesta para las demás incompatibilidades legales, pues, de lo contrario, la figura objeto de estudio permitiría esquivar la regla que impone la separación de funciones y la independencia de un núcleo respecto del otro. Por el contrario, no existe en la Ley de Sociedades de Capital limitación alguna a la posibilidad de que una misma persona física represente a una sola persona jurídica en todos los cargos de administrador que ostente en distintas sociedades⁸⁷⁷. Así, una persona física podrá ejercer la condición de representante permanente en

Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991), cit., p. 388. Entre nosotros, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 250. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 51. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 210-211, con base en una alteración fáctica de las normas que rigen el funcionamiento del órgano, considera nulo el nombramiento así efectuado (p. 213). En la doctrina francesa, BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 736.

⁸⁷⁶ POTTIER, E., L'HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 316.

⁸⁷⁷ MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 387. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 207-208.

distintas sociedades, sujeto a la prohibición de competencia del artículo 229.1.f) LSC.

4. Convocatoria y asistencia a la Junta general

Por su condición de asimilado a los administradores, el representante tiene el deber y la facultad de asistir a la Junta general, de conformidad con el artículo 180 de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo, no es necesario que su asistencia se contemple en los estatutos o ni que recabe la autorización del presidente de la Junta (art. 181 LSC). En cambio, la asistencia de los gestores mediatos se somete al régimen previsto en el artículo 182 LSC. A pesar de ello, en determinadas circunstancias, un segundo representante de la persona jurídica podría asistir a la Junta general, por ejemplo, si se prevé que el representante cese pronto en el cargo o se trata de una operación con relevancia para el grupo o para la entidad gestora. En ningún caso esta persona representaría formalmente al ente gestor y sólo la asistencia y el voto del representante inscrito en el Registro Mercantil tendrán validez. La facultad de convocar la Junta general, competencia de los administradores *ex* artículo 166 LSC, será ejercitada por el representante⁸⁷⁸.

5. Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales

⁸⁷⁸ Sobre este deber y facultad, BOQUERA MATARREDONA, J., “La competencia para convocar la junta general”, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J. ALONSO ESPINOSA, F. J. GALLEGUO SÁNCHEZ, E. (dirs.), PETIT LAVALL, M^a. V. (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 189-208, en concreto, p. 191.

La Ley de Sociedades de capital otorga legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales, tanto de la Junta general (art. 206.1 LSC), como del consejo de administración (art. 251.1 LSC), a los administradores sociales. En consecuencia, esta prerrogativa se atribuye también a los administradores que sean personas jurídicas. Sin embargo, si el representante es quien tiene atribuidas las funciones propias del cargo, se plantea si la legitimación activa corresponde a esta persona. En otros términos, si esta figura ostenta la representación legal de la persona jurídica a los efectos del artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o, en ningún caso, el artículo 212 *bis* LSC pretende alterar las normas generales sobre representación de cada entidad⁸⁷⁹. A nuestro entender, el modelo normativo no ofrece indicación alguna sobre esta cuestión. Aun así, parece conveniente que el ejercicio de la legitimación activa se reserva a la persona natural, con el fin de evitar supuestos de contradicción entre la actuación del ente, a través de otras personas que también ostenten su representación legal y su representante permanente en el ejercicio del cargo de administrador. En efecto, de admitirse que el ejercicio de esta prerrogativa corresponde a los gestores mediatos, se corre el riesgo de que el representante esté en desacuerdo con el acto de impugnación. Por consiguiente, el representante está sujeto a directrices del principal, pero el ejercicio efectivo de las prerrogativas adscritas al cargo le compete en exclusiva, incluyendo la impugnación de los acuerdos sociales en nombre de

⁸⁷⁹ Por lo general, los autores asumen que la prerrogativa corresponde al representante. Así, por ejemplo, SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1811-1819, en concreto, p. 1815. VEIGA COPO, A. B., “Artículo 491. Impugnación de acuerdos de los órganos de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 3248-3251, pp. 3250. ALCALÁ DÍAZ, M^a. Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, cit., p. 405.

su principal. Esta tesis puede aceptarse cuando el administrador tiene la legitimación activa, pero no podrá compartirse en relación con la legitimación pasiva frente a las acciones de responsabilidad⁸⁸⁰.

Otros sujetos relacionados con el ente administrador pueden ser calificadas como personas con un interés legítimo, a efectos de concederles legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales de la administrada (art. 206.1 LSC). Piénsese, por ejemplo, en el representante ya cesado o en los administradores del ente gestor que intervienen ante desavenencias con el representante. Por lo que respecta al primero, cabría extender analógicamente la admisión que la doctrina hace del administrador cesado como persona con interés legítimo⁸⁸¹. Los supuestos en que los gestores mediatos tengan legitimación activa para impugnar acuerdos sociales deben considerarse excepcionales, ante el riesgo de que su criterio y el propio del representante sean divergentes. Se trataría de hipótesis en las que el ejercicio de la acción por una persona distinta evitaría la caducidad del plazo de impugnación, pero bajo el presupuesto de que el representante permanente hubiera sido cesado por su inacción, sin que resultara posible designar a tiempo a un sustituto.

XI. RETRIBUCIÓN

El régimen jurídico de la retribución correspondiente al cargo de administrador debe ser adaptado a las particularidades que introduce la figura objeto de estudio. En esta disciplina se manifiesta especialmente la dualidad subjetiva que se produce cuando un ente con personalidad jurídica propia ocupe

⁸⁸⁰ Véase *infra* Capítulo VII, IV.21.1.

⁸⁸¹ LUCAS MARTÍN, E. P., VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La impugnación por el administrador de la sociedad de capital del acuerdo de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él”, *CDC*, 59 (2013), pp. 227-254, en concreto, p. 245.

un cargo en el órgano y, junto a él, aparezca su representante persona física desarrollando efectivamente las tareas correspondientes. Se trata, pues, de que dos sujetos aparecen en una sola titularidad orgánica a la que, en principio, corresponderá una retribución única, asociada a la vocalía que se ocupa. La presencia de dos sujetos no puede tenerse en cuenta a efectos de computar el número de administradores con el fin de repartir la remuneración. En otros términos, no es posible que la sociedad reconozca en favor del representante la remuneración que corresponde a los titulares orgánicos, además de satisfacerla al ente gestor. De lo contrario, el administrador persona jurídica permitiría la detracción de recursos en favor de quienes controlen el órgano de administración.

1. Imputación de la retribución

La primera cuestión que plantea el administrador persona jurídica en esta materia se refiere a la imputación de la retribución asociada al cargo. Se discute si, en caso de ser remunerado, la percepción de los emolumentos corresponde a la persona jurídica titular o, en cambio, deben imputarse a su representante, por ser éste quien asume el desempeño efectivo de las funciones. El criterio mayoritario se decanta por una interpretación formalista, considerando que la remuneración corresponde a la persona jurídica y que ésta, a su vez, sería responsable de compensar a su mandatario⁸⁸². Sólo excepcionalmente se ha

⁸⁸² Esta postura se encuentra ya en SIMON, H. V., “Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften”, cit., p. 9. Entre nosotros, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 173, reconoce la posibilidad de que el ente administrador ceda el crédito del que es titular a favor del representante, cuestión que quedaría reservada al ámbito de la relación jurídica entre administrador y representante. JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 142 entiende que la retribución estatutariamente reconocida al administrador corresponde exclusivamente a la persona jurídica. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “La anomalía de la retribución externa de los

entendido que será el representante quien reciba la retribución⁸⁸³. Desde la comprensión del representante como un mandatario, el artículo 1720 C.C. apoya la imputación de la retribución al titular, pues aquél debe entregar a su principal cuanto haya recibido del mandato al primero.

Con todo, existe un indicio normativo de que el legislador considera que el representante merece la retribución, ya que, en el artículo 260 LSC, las cláusulas novena y décima establecen que el detalle de sueldos, dietas y remuneraciones de la memoria se referirá a la persona física representante. De ser esta la *ratio legis*, la solución merece cierta crítica por su inadecuación sistemática, pues una disposición que persiguiera tal finalidad debería haberse incluido en el artículo 217 LSC y no ocultarse en el contenido de la memoria. Si se prescinde de la integración sistemática de los Títulos VI y VII de la Ley de Sociedades de Capital y se presume, simplemente, cierta falta de coordinación de las disposiciones reguladoras de la memoria, cabe una interpretación adicional. Al detallar el contenido de la memoria, el legislador ha querido expresar que, en caso de percibir el representante emolumentos de la sociedad, éstos deberán ser igualmente consignados en la memoria. De este

administradores. Hechos nuevos y viejas reglas”, cit., p. 8. También HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 329. La doctrina francesa es unánime en este sentido. Así, OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 26. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 225. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 390. HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du représentant permanent”, cit., p. 318. LEÓN SANZ, F. “Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 497-520, en concreto, p. 509.

⁸⁸³ VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cit., p. 636. El autor parece entender que el representante no queda sometido a instrucciones del ente titular y, al atribuirle directamente la retribución, se mantiene su independencia con respecto a las directrices de la persona jurídica. Sin embargo, nuestro estudio parte de la sujeción del representante a instrucciones del ente, en los términos detallados en el Capítulo V, III.8.2.4.B.

modo, cabe proponer la lectura de los apartados noveno y décimo del artículo 260 LSC añadiendo la fórmula “*en su caso, también*” a las personas físicas que los representen⁸⁸⁴.

Fiscalmente, la imputación de la retribución al ente introduce alguna ventaja y, de hecho, permite asociar el instituto con la planificación fiscal. En efecto, si se coloca a una persona jurídica como beneficiaria de la retribución anudada al cargo, la tributación de tales emolumentos depende del impuesto al que se someta la entidad, generalmente menos onerosa que la percepción de rentas por la persona física⁸⁸⁵. Aceptado que la retribución del cargo corresponde al ente administrador, cabe formular alguna consideración relativa a especiales conceptos retributivos. Por un lado, es comúnmente aceptado que las dietas de asistencia (art. 217.1.b) LSC) corresponden a la persona física, por ser ésta quien efectivamente participa en las reuniones del órgano⁸⁸⁶. Sería éste el único supuesto admisible en el que la sociedad abonaría el concepto retributivo a la persona natural. En relación con la posibilidad de que el paquete retributivo comprenda las primas correspondientes a los sistemas de ahorro o previsión

⁸⁸⁴ Esta propuesta corresponde a HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit. p. 330.

⁸⁸⁵ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 133.

⁸⁸⁶ Proponiendo ésta como solución aplicable en ausencia de previsión en contrario, HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 318. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 225. OPPETIT. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 738. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 26. GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 788. Entre nosotros, TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, Civitas, 1998, cit., pp. 202-203, propone atribuir las dietas por asistencia, así como otros emolumentos que compensen el ejercicio del cargo. En contra, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 333-334 mantiene la pauta general de que la retribución se imputa al titular.

(art. 217.2.g) LSC), se plantea un problema relativo a su imputación⁸⁸⁷. Si el titular es el ente, debería figurar como asegurado, por ejemplo, en el supuesto de que la sociedad se haga cargo del pago de las primas correspondientes de los seguros de responsabilidad civil⁸⁸⁸. Ante la falta de arraigo de esta práctica, y teniendo en cuenta que ambos sujetos son solidariamente responsables, debe aceptarse que las cantidades correspondientes a la prima se refieran a un contrato cuyo asegurado sea el representante.

Por su parte, la remuneración en acciones u opciones sobre ellas puede plantear problemas de autocartera. En el supuesto habitual de que administradora y administrada se integren en un grupo, deberán tenerse presentes las normas relativas a adquisiciones de las propias acciones. En concreto, si la persona jurídica es la sociedad dominante y la administrada fuera una sociedad anónima, la adquisición de acciones u opciones en compensación al ejercicio del mandato como administrador no queda amparada por ninguno

⁸⁸⁷ La posibilidad de incardinar la prima del seguro de responsabilidad civil de los administradores representa una cuestión controvertida entre los autores. Se muestra contraria, CAMPINS VARGAS, A., “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *RDM*, 249 (2003), pp. 981-1014, en concreto, p. 1008-1012. Favorable, IRIBARREN BLANCO, M., “Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital”, *RES*, 136 (2008), pp. 803-825, en concreto, p. 806.

⁸⁸⁸ Aceptando este extremo, los autores ponen de manifiesto el escaso arraigo de esta práctica. Así, RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 653-696, en concreto, p. 551-594, en concreto, p. 570 e *Ibidem*, “El seguro de responsabilidad civil de los administradores: 2ª edición”, *InDret*, 1 (2005), pp. 1-39., en particular, p. 16. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 440. Esta circunstancia puede relacionarse con la falta de adaptación de las pólizas a las particularidades del ordenamiento español, pero también al recelo de las entidades aseguradoras a ofrecer cobertura a la conducta de un ente, ante la posibilidad de que cualquier ilícito en el que incurra la persona jurídica a través de su organización se intente reconducir a una infracción societaria objeto de cobertura. En el panorama comparado, el supuesto de hecho no parece plantear especialidad. En Bélgica, GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, cit., p. 356, estima que ambos deben figurar como asegurados.

de los supuestos del artículo 144 LSC. Aun así, cabe pensar que el supuesto sea autorizado por la Junta general, de conformidad con el artículo 146.1 LSC. Si la gestionada fuera una sociedad de responsabilidad limitada, la entrega de acciones en contraprestación por el cargo tampoco se inscribiría en ninguno de los supuestos de adquisición derivativa (art. 140 LSC).

2. Autonomía contractual en materia de retribución

Seguidamente, debe establecerse el papel de la autonomía estatutaria en esta materia, pues, como es sabido, es ésta la sede adecuada para configurar el régimen retributivo marco de los administradores sociales, desvirtuando la presunción de gratuidad del cargo (*ex art. 217 LSC*). En primer lugar, es dudoso que los estatutos de la administrada puedan incorporar una cláusula por la que la retribución o parte de ella se atribuya al representante en lugar de al administrador persona jurídica. Un sector de la doctrina rechaza esta opción, al considerar que la sociedad se inmiscuye así en el ámbito de la relación interna⁸⁸⁹. A pesar de la solidez de este argumento, lo cierto es que una disposición de tales características sólo reproduciría la literalidad del artículo 260 LSC. Por consiguiente, resultaría difícil impugnar el acuerdo por el que la disposición se incorporara a los estatutos con fundamento en la contravención legal. Por otro lado, los estatutos no podrían establecer el deber de la persona jurídica de remunerar a su representante a través de una estipulación a favor de

⁸⁸⁹ Admisible para VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 751, evitando así un doble pago (de la sociedad a la persona jurídica y de ésta a su representante) con sus correspondientes retenciones fiscales. Esta posibilidad ha sido rechazada por TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, cit., pp. 202-203, por entender que se trata de una cuestión que corresponde decidir a la persona jurídica titular.

tercero⁸⁹⁰. Tal cláusula incidiría sobre la relación representativa, configurando como onerosa una relación jurídica sobre la que la ley no establece tal carácter⁸⁹¹. La onerosidad para la persona jurídica se derivaría aquí del nacimiento de un crédito en favor de su representante permanente.

3. Conclusión de otros vínculos retribuidos con cargo a la sociedad

El establecimiento de otros vínculos entre el ente administrador y la sociedad gestionada queda sometido al régimen propio de esta categoría. Por su parte, la sociedad y el representante no mantienen formalmente vínculo alguno y, sin embargo, la conclusión de otros contratos estará sometida a la disciplina propia de los administradores sociales, en virtud del artículo 236.5 LSC.

3.1. Conclusión con la persona jurídica

El ente administrador se somete a las normas que limitan el establecimiento de otras relaciones contractuales entre la sociedad y los titulares orgánicos, lo que puede limitar la operativa ordinaria de la persona jurídica y, en su caso, del grupo en el que se inserten. La acumulación de otras relaciones contractuales sobre los administradores nos sitúa ante una constelación de prácticas fraudulentas que han sido objeto de atención en el Derecho comparado. Se trata de la doctrina relativa a las llamadas *management fees*, cantidades percibidas

⁸⁹⁰ JUSTE MENCÍA, J., “La persona jurídica administradora de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada”, cit., p. 854.

⁸⁹¹ TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, cit., pp. 202-203; HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 331.

de la sociedad por una persona jurídica controlada por una persona física que ocupa el cargo de administrador en la primera. La persona jurídica perceptora es, por lo general, una sociedad dedicada a la prestación de servicios de gestión o de asesoramiento profesional en la rama de actividad de la sociedad. Normalmente, la entidad es constituida *ad hoc* por el administrador, con el fin de aprovechar su posición en el órgano para favorecer la contratación con el ente que controla y, así, detraer recursos de la sociedad. Si los contratos tienen por objeto funciones que corresponden al administrador por razón del vínculo orgánico, la *Cour de Cassation* declara su nulidad por ausencia de causa (art. 1311 CCF)⁸⁹². Si la finalidad de la práctica es obtener un tratamiento fiscal más favorable por los emolumentos percibidos por la sociedad, el administrador persona jurídica minimiza el riesgo de infracción de lealtad, así como la declaración de nulidad de otras relaciones acumuladas por los administradores.

3.2. Representante y doble vínculo

Formalmente, la sociedad administrada y el representante no mantienen vínculo alguno. A pesar de ello, su posición asimilada a los administradores sociales indica que la conclusión de otra relación jurídica con la sociedad se somete al régimen propio de los titulares orgánicos. En este sentido, la conclusión de contratos de prestación de servicios con el representante se somete al artículo 220 LSC en la sociedad de responsabilidad limitada y, en general, las transacciones entre ambos se encuentran limitadas por el régimen del deber de lealtad (arts. 229.1.a) y 230 LSC). Debe preocuparnos ahora si, al ostentar la condición de representante permanente, una persona física puede

⁸⁹² Cour d'Appel Paris, 5e ch., 4 juillet 2013, 11-06318 (Caso Cahema). DONDERO, B., "Remise en cause des management fees (la suite)", *Gaz. Pal.*, 1 (2014), pp. 453-455.

acumular una relación laboral especial de alta dirección en la sociedad administrada. A nuestro entender, el carácter asimilado de esta figura y el hecho de que asuman materialmente las funciones propias del cargo indica que la doctrina del vínculo es igualmente aplicable al representante permanente⁸⁹³. De lo contrario, bastaría con nombrar administrador a una persona jurídica para que la persona física pudiera acumular ambas relaciones, por lo que la figura facilitaría la elusión de la consabida doctrina.

⁸⁹³ En el mismo sentido, ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, cit., p. 206. MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 387. Favorable a la acumulación, LE CANNU, P., *Droit des sociétés*, cit., pp. 400-401, por no existir vínculos formales entre la sociedad administrada y el representante. La subsistencia de la doctrina de la acumulación es dudosa tras la Ley 31/2014, en la medida en que el contrato de consejero supliría la necesidad de acumular una relación laboral especial de la dirección. Por todos, pueden verse las consideraciones críticas a esta doctrina en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 1 (2008), pp. 1-74, especialmente, pp. 19-27 y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret*, 2 (2009), pp. 1-21, en concreto, pp. 10-11. En la doctrina posterior a la reforma societaria, JUSTE MENCÍA, J., “El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecimas LSC)”, *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 757-797, pp. 767-768, parece decantarse por calificar el contrato como una auténtica *Anstellung*, afirmando, además, la naturaleza mercantil del contrato cuando el administrador es una persona jurídica, lo que indica que cabe otra calificación si el titular fuera una persona natural (p. 782). RUIZ MUÑOZ, M., “La retribución de los administradores y los altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)”, MORILLAS JARILLO, M^a, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893, en concreto, p. 888. Desechan la naturaleza laboral del contrato, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con *omnicomprensividad retributiva*”, *DRL*, 2 (2015), pp. 178-184, en concreto, p. 182 y CABANAS TREJO, R., “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”, *Diario La Ley*, 8494 (2015), pp. 1-7 [versión electrónica], en concreto, p. 3. Antes de la Ley 31/2014, se mostraba contrario a extender el régimen propio de los administradores al representante, SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 29, aunque reconocía que el supuesto favorecería la interposición (p. 30).

XII. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

En esta sede se analiza el funcionamiento del consejo de administración con presencia de personas jurídicas. Se trata de valorar las implicaciones de la presencia de un ente en el consejo de administración, en relación con las normas contenidas en los artículos 242 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

1. Derecho de asistencia

Sólo la persona física inscrita como representante permanente en el Registro Mercantil está legitimada para asistir a las reuniones del órgano de administración, siendo ésta una de las implicaciones de su carácter exclusivo⁸⁹⁴. El artículo 236.5 LSC no se refiere a las prerrogativas que corresponden a la persona natural representante, pero si le competen idénticos deberes que a los demás administradores, sólo se les podrá dar cumplimiento si se ejercitan, con diligencia y lealtad, las facultades asociadas a ellos. La intervención de cualquier otra persona en nombre del ente administrador no puede admitirse con carácter general.

2. Derecho de voto

Como en el caso de la asistencia, el representante inscrito en el Registro Mercantil es la única persona capaz de ejercer válidamente el voto en nombre del ente titular. Esta cuestión entronca con las instrucciones emitidas por el

⁸⁹⁴ LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, cit., p. 3.

administrador. Con carácter general, la persona física ejercita el voto en el sentido dictado por el ente, valorando previamente su compatibilidad con el interés social⁸⁹⁵. La impugnación de un acuerdo del consejo de administración con base en la falta de seguimiento de las instrucciones del ente administrador se ve limitada por dos circunstancias. En primer lugar, la prueba de resistencia, contemplada en los artículos 204.3.c) y d) LSC preserva la validez de los acuerdos en los que intervenga un representante no legitimado o aquéllos en los que se separe de las instrucciones de su mandante. Pero, además, el incumplimiento de las directrices de la persona jurídica puede resultar acorde con el interés social, en cuyo caso la actuación del representante resultaría plenamente legítima y no cabría fundar la impugnación en el apartado c) del artículo 204.3 LSC. Además, es probable que, al separarse de las directrices lesivas, el representante hubiera salvado a su mandante de incurrir en responsabilidad, por lo que parece poco probable una impugnación fundada en una causa que podría convertir al ente en responsable frente a la sociedad.

3. Inscripción de los acuerdos del consejo y prueba de resistencia

Cabe imaginar que una persona física distinta de la inscrita en el Registro Mercantil asista a la sesión del órgano de administración. Piénsese en que acuda a la reunión uno de los administradores del ente, su apoderado o uno de sus socios. Los acuerdos adoptados en la reunión no serán inscribibles en el Registro Mercantil, según tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado⁸⁹⁶. A nuestro entender, ello sólo sucederá si la persona natural

⁸⁹⁵ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2327. En detalle, sobre el régimen de instrucciones, nos remitimos *supra* Capítulo V, III.8.2.4.

⁸⁹⁶ RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864]. En este caso, la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz ostentaba el cargo de consejero independiente de la Sociedad de estiba y

se presenta actuando en nombre del ente administrador. En cambio, cabría admitir que, excepcionalmente, el presidente o los estatutos autorizaran la presencia de otros sujetos pertenecientes a la esfera de la persona jurídica. Aunque tales personas no podrían votar en nombre del ente, es posible que su presencia se justificara en el interés del grupo o resultara conveniente ante la ausencia puntual del representante inscrito.

De ello resulta que el tratamiento registral de los acuerdos en los que intervenga un representante no inscrito se aleja del que se les brinda en términos sustantivos. En efecto, es sabido que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el régimen de impugnación de acuerdos incorpora la llamada prueba de resistencia (art. 204.3.c) y d) LSC). Esta expresión hace referencia a una excepción aplicable a la impugnabilidad de aquellos acuerdos sociales en los que la asistencia de una persona no legitimada o el voto emitido de forma incorrecta no resulten determinantes para alcanzar el *quorum* de constitución o adoptar el acuerdo⁸⁹⁷. La prueba de resistencia posee plena aplicación a los

desestiba del puerto de la Bahía de Cádiz, Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios. A la sesión del consejo de administración de esta última asistió en representación de la persona jurídica (la autoridad portuaria) una persona física distinta de la inscrita en el Registro Mercantil. Por esta causa, la Registradora Mercantil de Cádiz suspendió la inscripción de la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados por el Consejo, ya que, a su juicio, la inscripción del acuerdo en que figuraba como representante del administrador persona jurídica una persona distinta a la inscrita planteaba un problema de tracto sucesivo (art. 11 RRM). El centro directivo matiza el argumento relativo al tracto, pero desecha la inscripción del acuerdo.

⁸⁹⁷ FLORES DOÑA, M^a. S., “La intervención de la Junta General de personas no legitimadas y los supuestos de invalidez de votos o error en el cómputo de los mismos”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 441-473, en particular, p. 445. FARRANDO MIGUEL, I., “Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia”, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J. ALONSO ESPINOSA, F. J. GALLEGU SÁNCHEZ, E. (dirs.), PETIT LAVALL, M^a. V. (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 281-300, en especial, p. 286. BOQUERA MATARREDONA, J., “Las modificaciones del funcionamiento de la Junta General de las sociedades de capital”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO

acuerdos del consejo de administración a la luz de la remisión contenida en el artículo 251.2 LSC⁸⁹⁸.

Esta excepción a la impugnabilidad de los acuerdos resultará aplicable a los supuestos en los que quien asista a la reunión del consejo de administración sea una persona física distinta de la inscrita. En efecto, toda persona diferente del representante permanente carece de legitimación para asistir a la reunión en nombre del administrador persona jurídica. En consecuencia, si alguno de ellos asistiera o votara en la sesión, los acuerdos adoptados (generalmente, por el consejo de administración) no resultarían impugnables, según establecen los apartados c) y d) del artículo 204.3 LSC. También tendría cabida en el artículo 204.3.d) el supuesto de que el representante se apartara de las instrucciones de la persona jurídica, sin perjuicio de las consecuencias que ello tuviera en la relación interna.

La prueba de resistencia debe ser aplicada en un doble escalón⁸⁹⁹. En primer lugar, debería dilucidarse si la presencia del representante no inscrito fue determinante para alcanzar el *quorum* y, seguidamente, si su voto condicionó el resultado del acuerdo. En caso negativo, la asistencia de un representante distinto del inscrito no determinaría la invalidez del acuerdo del consejo de administración. Con la reforma, el Derecho de sociedades español se aleja de

LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 410-440, en concreto, p. 438. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 155-229, en concreto, pp. 181-183. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “La aplicación de la denominada *prueba de resistencia*: comentario de la STS (1ª) de 15 de enero de 2013”, *RDM*, 292 (2014), pp. 629-646, en especial, pp. 635-637.

⁸⁹⁸ Antes de la reforma, SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 170. GUERRA MARTÍN, G., “El nombramiento de administrador incurso en causa de prohibición legal y su incidencia en los acuerdos adoptados por el consejo de administración con su participación”, cit., p. 207.

⁸⁹⁹ FARRANDO MIGUEL, I., “Impugnación de acuerdos sociales y *prueba de resistencia*” cit., p. 291.

resultados como los obtenidos en el caso francés, donde la *Cour de Cassation* ha declarado la nulidad por contravención a la ley de las deliberaciones del órgano de administración si en ellas participa un representante no inscrito⁹⁰⁰. En definitiva, siempre que se supere el test de resistencia, la presencia de una persona física distinta al representante inscrito no afecta a la validez sustancial de los acuerdos del consejo de administración.

La colisión entre el tratamiento registral de los acuerdos sociales y su régimen sustantivo se traduce en una limitación del alcance del test de resistencia sobre las decisiones del consejo de administración⁹⁰¹. Este problema no sólo afectará a la asistencia del representante no inscrito, sino a la totalidad de cargos del consejo de administración. De este modo, cuando la identidad de los sujetos intervinientes sea objeto de inscripción, la prueba de resistencia impide invalidar el acuerdo, pero su inscripción resulta imposible. El centro directivo es consciente de este extremo, pero considera que la labor registral no se extiende al control de la validez del acuerdo, sino al cumplimiento de sus requisitos formales⁹⁰². Además, considera que el Registrador debe, en todo caso, exigir la acreditación de la identidad de los asistentes al consejo, así como el número de votos favorables a los acuerdos adoptados⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 21 juillet 1975, 74-11746. El supuesto trata de un consejo de administración al que asiste una persona física distinta de la inscrita. Durante la sesión, con su voto, se decide el cese del presidente del consejo y el nombramiento de un presidente provisional, con cuyo voto de calidad se adoptaría más tarde una propuesta de acuerdo a elevar a la Junta general sobre la transmisión de las acciones sociales. El presidente cesado solicita la declaración de nulidad de los acuerdos sobre la base de la asistencia de una persona física distinta de la inscrita. Por lo general, los autores se conforman con este tratamiento. Así, GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 102; BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, cit., p. 63; MÉMENTO GOUTHIERE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, cit., p. 736.

⁹⁰¹ FARRANDO MIGUEL, I., "Impugnación de acuerdos sociales y prueba de resistencia", cit., p. 294.

⁹⁰² RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864].

⁹⁰³ RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864].

En esta hipótesis, el consejo podría verse tentado, bien a no documentar la presencia del *falsus procurator*, con el fin de que el acuerdo pueda acceder al Registro Mercantil, bien a no instar la inscripción del acuerdo, ante la certeza de su validez. En el primer supuesto, cabe pensar que la discusión y la información proporcionada en la reunión sea del interés del ente administrador y, ante la imposible asistencia del auténtico representante, sea otra persona quien comparezca. El problema de esta hipótesis es que, si el acuerdo fuera generador de responsabilidad para los consejeros, el ente y su representante aducirían la ausencia de participación como causa de exoneración de toda responsabilidad (art. 237 LSC). Por su parte, los demás administradores podrían recurrir a otros medios para acreditar la asistencia del falso representante y, de hacerlo, se plantearía un problema de imputación de lo actuado por la persona física no inscrita en el Registro Mercantil. La segunda posibilidad es no inscribir el acuerdo, teniendo en cuenta que la inscripción no es requisito para su validez, sino para que produzcan efectos las concretas medidas que en él se adopten⁹⁰⁴. No obstante, ello obstaculizaría el acceso al Registro de acuerdos subsiguientes o adoptados en ejecución del primero.

4. La representación en el consejo de administración

En caso de que el representante inscrito se vea impedido de asistir a la reunión, el administrador persona jurídica puede hacerse representante en el

⁹⁰⁴ La idea se toma de la doctrina alemana, que acoge la diferencia entre la validez del acuerdo y la proia de las concretas medidas o decisiones contenidas en él, en relación con las cuales la inscripción posee distinto valor. RIECKERS, O., §133 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, § 1-178, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 2288-2309, en concreto, p. 2306. SPINDLER, G., “§ 133”, SCHMIDT, K., LUTTER, M. (eds), *AktG Kommentar*, 3ª ed., t. I., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 2234-2256, en particular, p. 2253. SCHRÖER, H., “AktG § 133”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, vol. III, 3ª ed., vol. 3, C. H. Beck, München, 2013, pp. 664-689, en concreto, p. 685.

órgano por alguno de los demás titulares, como si de una persona física se tratara⁹⁰⁵. La nota de permanencia no se opone a esta posibilidad, siempre que la representación del ente administrador no conlleve la inasistencia reiterada del representante. En la doctrina patria, la sustitución de un consejero se admite, con carácter general, siempre que sea a cargo de otro miembro del órgano y se confiera la representación por escrito y para la sesión singular de la que se trate⁹⁰⁶. La cuestión se ha resuelto expresamente para las sociedades cotizadas en el artículo 529 *quáter* 2 LSC que, acogiendo la solución mayoritaria, admite esta posibilidad, siempre que la representación se delegue sobre otro miembro del consejo de administración. En el caso de consejeros ejecutivos –entendemos, en su acepción amplia en sede de sociedades cotizadas-, la delegación debe recaer sobre todo consejero de análoga categoría. *A sensu contrario*, la literalidad de la norma sugiere que los consejeros no ejecutivos (dominicales, independientes y otros consejeros externos) podrían delegar su representación en cualquier otro consejero, incluidos los ejecutivos. Esta aserción contraviene los postulados en materia de gobernanza, al menos,

⁹⁰⁵ GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, cit., p. 101. LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, cit., p. 224. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme”, cit., Mg. 27; WILLERMAIN, D., “Le statut de l'administrateur de société anonyme: principes, questions et réflexions”, cit., p. 224. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 654. Secundado por, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 251 y nota 61. En sentido similar, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 283.

⁹⁰⁶ POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 436. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 653. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 143. *Ibidem*, “Artículo 247. Constitución del consejo de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1782-1787, en concreto, p. 1784. MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M. “Artículos 139-140. Constitución. Adopción de acuerdos”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1605-1623, en concreto, p. 1614.

por lo que se refiere a los consejeros independientes. Por ello, una interpretación correctora de la norma nos llevaría a concluir que los independientes sólo deberían delegar el voto sobre otros consejeros independientes y, en ningún caso, sobre los ejecutivos.

La duda reside en si la prerrogativa de hacerse sustituir corresponde al propio ente o se encuentra entre las facultades que competen al representante. Algunos autores consideran que ésta es una facultad del administrador persona jurídica como titular orgánico, de forma que el representante sólo podría otorgar la representación a otro consejero si el ente administrador lo hubiera admitido expresamente⁹⁰⁷. Concretando más esta cuestión, se ha argumentado que la solución depende de la aplicabilidad de las normas del mandato o la comisión al representante del administrador persona jurídica, a la vista de las soluciones dispares de los artículos 1721 CC y 261 Cdc⁹⁰⁸. En cambio, en la doctrina francesa se considera que el representante ostenta también la facultad de hacerse representar por otro consejero⁹⁰⁹. Para resolver la duda, conviene atender a la realidad de la figura estudiada. A nuestro entender, las facultades del representante incluyen todas aquellas que incumban a cualquier administrador, incluida la prerrogativa de otorgar la representación para la asistencia a una reunión. Desde un punto de vista estrictamente operativo, se trata de minimizar las alteraciones del funcionamiento del consejo de administración integrado por personas jurídicas. Si no se admite que el representante pueda hacerse sustituir y nada se hubiera dispuesto, se requerirá

⁹⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 654. SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 247. Constitución del consejo de administración”, cit., p. 1784.

⁹⁰⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., GONZÁLEZ GALÁN, S., “La delegación de voto por el representante de un consejero persona jurídica”, cit., pp. 456-458.

⁹⁰⁹ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 27. HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, cit., p. 316.

una previa reunión del órgano competente en el ente administrador para autorizar la delegación. En tal caso, el representante que no pueda asistir a la reunión se verá obligado a solicitar la convocatoria del órgano administrativo de la persona jurídica. En este contexto, ante las dudas suscitadas, sería conveniente que, en el momento de la designación o en el otorgamiento del poder, se estableciera expresamente la facultad del representante de delegar el voto.

Finalmente, el apoderamiento a otro consejero para ejercer el voto en nombre del administrador persona jurídica no equivale al cese del representante inicialmente designado⁹¹⁰. Por otra parte, otro consejero podría delegar su voto sobre un consejero persona jurídica, y no sobre su representante, aunque sería este último quien asistiría a la reunión y lo emitiría efectivamente⁹¹¹. Además, los estatutos podrían excluir la asistencia al consejo por representación, extremo que impediría que el representante se hiciera representar por otro⁹¹².

5. Atribución de cargos organizativos en el consejo

El administrador persona jurídica puede ocupar cualquier cargo de naturaleza organizativa en el consejo, en virtud del principio de plena equiparación con los titulares que sean personas físicas⁹¹³. De este modo, una

⁹¹⁰ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 283.

⁹¹¹ SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 247. Constitución del consejo de administración”, cit., p. 1784. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 436, señalando que será el representante y no otra persona física quien lo ejercite.

⁹¹² SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 247. Constitución del consejo de administración”, cit., p. 1784.

⁹¹³ CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 bis LSC)”, cit., p. 240. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 279. PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, cit., p. 2958

persona jurídica puede asumir la condición de presidente o secretario del consejo de administración. En tales casos, formalmente, el cargo corresponderá al titular y no a la persona física representante, aunque sea ésta quien asuma las tareas propias del cargo. En el Derecho español no existen prohibiciones particulares aplicables a este supuesto, a diferencia del caso francés, donde el *Code de Commerce* exige que el presidente de la *société anonyme* sea una persona física⁹¹⁴. La dualidad subjetiva que introduce el administrador persona jurídica no debe equipararse con el supuesto en que existan dos presidentes, rechazado por la doctrina que ha estudiado la cuestión⁹¹⁵. El representante no puede ocupar el cargo de presidente en nombre propio, pues no es posible atribuirle cargos que presupongan la condición de administrador. En cambio, resulta admisible que sea designado secretario no consejero.

6. Atribución de facultades ejecutivas

La disciplina que la Ley de Sociedades de Capital contiene al respecto de las facultades de la más alta dirección de la empresa, referidas como ejecutivas, se ha desarrollado con la Ley 31/2014. Desde la perspectiva organizativa, la

consideró que los cargos podrían recaer sobre el propio representante, tesis de la que nos separamos.

⁹¹⁴ Entre nosotros, las opiniones contrarias a la persona jurídica presidente se apoyaban en el ejemplo comparado DE ARRILLAGA, J. I., “Consejo de administración”, cit., p. 8. Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, QUINTANA CARLO, I. (dir.), *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, Madrid, Trivium, 1989, pp. 121-170, en concreto, p. 128 advertían esta línea en el Derecho europeo de sociedades, a la luz del proyecto de la Propuesta de Quinta Directiva.

⁹¹⁵ MARTINEZ SANZ, M. NAVARRO MÁÑEZ, M., “Artículo 141. Régimen interno y delegación de facultades”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1623-1652, en concreto, p. 1629. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 463.

norma ha dado cierto desarrollo a su otorgamiento y formalización. Las facultades directivas pueden atribuirse a través del instituto formal de la delegación de facultades, pero también “en virtud de otro título”, según dispone el artículo 249.3 LSC. Este negocio jurídico de atribución debe ir seguido de un acuerdo de naturaleza contractual, denominado contrato de consejero ejecutivo. La separación entre el negocio estrictamente orgánico (*Bestellung*) y el contractual (*Anstellung*) ha sido abordada al definir el supuesto de hecho, llamando la atención sobre el hecho de que, entre nosotros, tiene acogimiento normativo expreso sólo cuando el órgano adopte la forma de consejo de administración. En este contexto, se propone analizar la atribución de facultades ejecutivas a los consejeros que sean personas jurídicas

6.1. La delegabilidad sobre la persona jurídica. El consejero delegado persona jurídica

La delegación de facultades puede recaer sobre cualquier consejero, persona física o jurídica, según admite la generalidad de la doctrina patria y comparada, así como los tribunales españoles⁹¹⁶. Con todo, existe una corriente de opinión que juzga inadmisibles esta posibilidad⁹¹⁷. La tesis favorable concuerda con el principio de equiparación en el tratamiento de los miembros del órgano que sean personas jurídicas. A la vez, la discusión sobre la admisibilidad del

⁹¹⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., pp. 281 y 289. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 625. Acogiendo el principio de equiparación, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 280-281. PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., p. 81. En la jurisprudencia, SJM núm. 3 de Vigo (Pontevedra), de 25 de mayo de 2012 [AC 2012\381].

⁹¹⁷ IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, cit., pp. 170-171. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 476. En la doctrina italiana, STELLA RICHTER JR., M., “La costituzione delle società di capitali”, cit., p. 295.

consejero delegado persona jurídica nos devuelve a argumentos empleados a finales del siglo XIX para propugnar la propia licitud del administrador persona jurídica, fundamentalmente, el de necesidad. Si todos los miembros del consejo fueran personas jurídicas, pero no se admitiera la delegación sobre entes, se privaría al consejo de la facultad de atribuir funciones delegadas⁹¹⁸. El argumento de la necesidad no parece definitivo, en tanto que sería la propia sociedad quien, al configurar la composición del órgano, excluyera la delegación, lo que resulta perfectamente posible de acuerdo con el artículo 249.1 LSC.

Adoptando una postura favorable, resulta que la sociedad puede atribuir las funciones de dirección ejecutiva de la empresa social a un ente que, *ad extra*, sólo puede desempeñar el cargo a través de una sola persona representante. Esta hipótesis se asemeja funcionalmente a las modalidades contractuales de gestión empresarial examinadas en otra sede⁹¹⁹. La diferencia radicaría en la mayor rigidez de la vía societaria, sometida a normas procedimentales, tanto para el otorgamiento de las facultades, como para la posterior conclusión del contrato. Con ellas se incrementan las garantías para los intereses potencialmente lesionados (los de los socios ajenos al control y los de los acreedores) y, por consiguiente, disminuyen los problemas de declaración de nulidad del acuerdo. El ente deberá aceptar la delegación, para lo cual se requerirá el acuerdo del órgano correspondiente.

La siguiente cuestión que plantea la delegación de facultades es si, al serle encomendado el cargo, la persona jurídica puede designar otro representante para el ejercicio de las nuevas funciones recibidas. La norma brinda un

⁹¹⁸ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., p. 281. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit. p. 282.

⁹¹⁹ Véase Capítulo I, II.1.3.2.

tratamiento autónomo a las funciones de alta dirección, distinguiéndolas de las que simplemente son inherentes a la titularidad orgánica (art. 217 LSC). La dualidad sugeriría que el término cargo, utilizado en el artículo 212 *bis* 1 LSC, habilita al ente administrador para designar al nuevo representante, en caso de asumir tareas adicionales⁹²⁰. Los rasgos de exclusividad y permanencia del representante, derivados del propio modelo normativo, indican que la persona física será la única persona legitimada para el desempeño de las funciones que el administrador persona jurídica ostente en la sociedad, incluidas las de mera titularidad, las ejecutivas y aquéllas que le correspondan por razón de cargos organizativos⁹²¹.

Más delicada es la posibilidad de que el beneficiario de la delegación de facultades sea el representante y no el propio titular. La hipótesis debe ser rechazada, por cuanto, en nuestro ordenamiento, la titularidad orgánica es presupuesto para la delegación de facultades (art. 249.1 LSC). Por último, debe recordarse que la expresión “consejero ejecutivo” se reserva a las sociedades cotizadas, a partir de una caracterización objetiva: el ejercicio de funciones de dirección con independencia de la naturaleza del vínculo formal. Sin embargo, la noción de ejercicio de facultades de dirección también se encuentra en la regulación de las sociedades cerradas (arts. 217.2 y 236.4 LSC)⁹²². Ahora bien, en sede de cotizadas, si la calificación de un sujeto como ejecutivo depende de

⁹²⁰ En este contexto, puede comprenderse la propuesta formulada por RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, cit., p. 110.

⁹²¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 282.

⁹²² Separándose ligeramente de la postura que patrocinamos, GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del consejo de administración de las sociedades cotizadas: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luíz Fernández de la Gándara*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 551-578, en concreto, p. 563 considera que no constituye una categoría autónoma y diferenciada de la del artículo 236.4 LSC.

que se ejerciten funciones en la sociedad o en su grupo, ante el frecuente supuesto de que el representante sea, a su vez, administrador en la entidad gestora, será habitual que esta persona merezca también esta caracterización.

6.2. La atribución de facultades ejecutivas en virtud de otro título

La ley contempla, de forma expresa, la posibilidad de que la sociedad otorgue facultades de la más alta dirección en favor de un consejero. En tales casos, todo indica que este negocio adoptará la forma de apoderamiento⁹²³. El tenor literal del artículo 249.3 LSC sugiere que la titularidad orgánica es presupuesto necesario para conferir facultades delegadas por vía de otro título, aunque el apartado primero del precepto se establece sin perjuicio de los apoderamientos que puedan conferirse a cualquier persona⁹²⁴. El precepto actuaría como norma competencial, atribuyendo al consejo la facultad de otorgar apoderamientos, cuyo negocio subyacente sean las facultades de alta dirección empresarial. Nada impide que el ente administrador resulte beneficiario de facultades ejecutivas adicionales. Si el presupuesto de la norma es la titularidad orgánica, el representante permanente no podría resultar beneficiario de un apoderamiento por parte de la sociedad con fundamento en este precepto, aunque cabría remitir la cuestión al artículo 249.1 LSC.

6.3. El contrato de consejero-persona jurídica

⁹²³ CABANAS TREJO, R., “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”, *Diario La Ley*, 8494 (2015), pp. 1-7 [versión electrónica], en concreto, p. 5/7.

⁹²⁴ También JUSTE MENCÍA, J., CAMPINS VARGAS, A., “La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas...”, cit., p. 770.

La delegación de facultades en favor de un consejero requiere la formalización de un acuerdo de naturaleza contractual (art. 249.3 LSC). Si el administrador es una persona jurídica, el contrato de consejero será concluido entre la sociedad y el ente que asuma la titularidad orgánica⁹²⁵. La duda reside en si el contrato de consejero debe ser suscrito por el representante permanente o la competencia corresponde al órgano de administración del ente. Siguiendo la tesis mantenida hasta ahora, el representante está facultado para concluir cualquier acto que, por lo general, compete a los administradores. A nuestro entender, el órgano competente de la persona jurídica deberá aceptar la delegación de facultades o el apoderamiento, autorizando al representante a suscribir el contrato de consejero. Con todo, el órgano administrativo del ente deberá estar informado de su contenido.

6.3.1. Sobre la licitud de la conclusión del contrato de consejero con un tercero: la Drittanstellung

Sentada la regla general, debe averiguarse si tiene cabida, entre nosotros, la posibilidad de que el contrato de consejero sufra alguna alteración subjetiva. En concreto, se plantea si cabe admitir que alguna de las posiciones contractuales sea ocupada por un tercero distinto del administrador, supuesto conocido en la dogmática alemana como *Drittanstellung*. La expresión hace referencia a dos constelaciones, a saber, la posibilidad de que el contrato sea concluido entre el titular orgánico y un tercero distinto de la sociedad en la que ocupa el cargo. En segundo lugar, puede alterarse la posición que corresponde al vocal, de forma que el contrato sea suscrito entre la sociedad y un tercero no

⁹²⁵ JUSTE MENCÍA, J., CAMPINS VARGAS, A., “La retribución de los consejeros delegados o de los consejeros con funciones ejecutivas...”, cit., p. 769, sin perjuicio de que las específicas obligaciones contractuales recaigan sobre el representante (p. 784).

administrador. La primera posibilidad ha sido tradicionalmente valorada en sede de grupos de sociedades. La segunda puede manifestarse en caso de recurrir a una entidad especializada en reclutamiento de ejecutivos, con el fin de encomendarle específicas tareas o de cubrir temporalmente una vacante⁹²⁶.

En el caso español, esta hipótesis parece contraria a la literalidad del artículo 249.1 LSC. En él se establece expresamente que el contrato debe ser suscrito entre el consejero y la sociedad. De este modo, la identidad de cada parte contractual vendría preordenada por el legislador, de forma que cualquier alteración nos situaría fuera del ámbito del contrato típico del artículo 249.3 LSC. A pesar de ello, la *Drittanstellung* podría introducir alguna ventaja operativa cuando el titular fuera una persona jurídica, si se permitiera que el representante y no el ente administrador concluyera el contrato de consejero. De ser así, existiría, al menos, un vínculo jurídico-formal entre la administrada y el representante. Además, el contrato podría reconocer la retribución de las funciones ejecutivas en su favor⁹²⁷.

6.3.2. Contenido adicional del contrato de consejero

El contrato de consejero puede constituir la sede adecuada para dar respuesta a las particularidades en el ejercicio del cargo por una persona jurídica, sobre todo, teniendo en cuenta el limitado margen que los estatutos tienen para

⁹²⁶ En este contexto, la doctrina alemana ha planteado dos escenarios; uno en que la sociedad suscriba el contrato de consejero directamente con la persona designada por la agencia de selección y un segundo en el que se configure una relación triangular basada en dos acuerdos, un primero entre la sociedad y la agencia de reclutamiento y otro que regule la relación entre la agencia y el designado consejero; KRIEGER, G., “Interim Manager im Vorstand der AG”, cit., p. 711, siendo la segunda opción la más frecuente en Alemania.

⁹²⁷ El supuesto no distaría de una constelación, admitida en el caso alemán, en la que el contrato fuera concluido entre los llamados gestores mediatos y otra sociedad, generalmente, una sociedad dominada o dependiente en el grupo. Así, BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 62.

afectar a la vertiente interna. El acuerdo será el resultado de la negociación entre la sociedad y el ente gestor, por lo que podría prestar atención a cuestiones particulares. Por una parte, parece oportuno concretar en él las circunstancias, objetivas y subjetivas, que componen el *intuitus personae* en relación con la concreta persona jurídica, con el fin de prever, por ejemplo, las consecuencias de posibles cambios en su base personal o patrimonial. También podría pronunciarse sobre los efectos de las modificaciones estructurales y la transmisibilidad por sucesión universal del vínculo orgánico. Por su parte, las cuestiones procedimentales, relativas a la notificación de los cambios de representante o a los conflictos de interés pueden detallarse en este contrato. Asimismo, las partes podrían utilizar el acuerdo para concretar los emolumentos correspondientes, en su caso, al representante permanente. Finalmente, cabe pensar que se introduzca una disposición por la que atribuir las dietas al representante.

7. La incardinación en las categorías de consejeros

En principio, la persona jurídica puede ostentar cualquiera de las categorías de consejero previstas en el artículo 529 *duodecies* de la Ley de Sociedades de Capital, a saber, ejecutivos, independientes, dominicales u otros externos. Por lo general, el instituto se relaciona con la noción de consejero dominical, respecto del cual plantea, en ocasiones, problemas de delimitación⁹²⁸. En efecto, será habitual que el ente ocupe el cargo por razón de su condición de socio de la administrada y, en tal medida, merezca esta calificación de conformidad con el apartado tercero del artículo 529 *duodecies* LSC. Por lo que respecta a su condición de ejecutivo (art. 529 *duodecies* 1 LSC), no existen

⁹²⁸ Véase *supra* Capítulo I, II.1.1.1.B.

razones para oponerse a que la persona jurídica administrador resulte beneficiaria de una delegación de facultades. Por otra parte, resultará poco frecuente que una entidad con la que se haya contratado la externalización de determinadas funciones de alta dirección aduzca su condición de consejero ejecutivo a los efectos del artículo 529 *duodecies* 1 LSC. Es más, las obligaciones derivadas del régimen de diligencia y, particularmente, de lealtad invitarán a alejarse de la vocalía orgánica.

Finalmente, plantea dudas la posibilidad de atribuir al ente la condición de consejero independiente. En la doctrina, no se han identificado argumentos que permitan excluir esta hipótesis diferentes a los que tradicionalmente se aducen en contra del propio administrador persona jurídica⁹²⁹. En principio, si el ente no presenta ninguna de las condiciones a las que se refiere el apartado cuarto del artículo 529 *duodecies* LSC, puede integrar el grupo de independientes. Piénsese en que se nombre consejero a una organización cuyo criterio resulte útil para la mejora de la gobernanza o se alinee con la estrategia empresarial. Cabe imaginar, por ejemplo, que la política de gobierno corporativo o de responsabilidad social corporativa pase por invitar al consejo a una organización no gubernamental o a una concreta asociación, merecedores de la categoría de independiente. De ser así, los requisitos de independencia deben ser también acreditados por su representante. Con todo, parece que el supuesto de hecho es más habitual en casos en los que concurre un vínculo jurídico entre el ente gestor y la sociedad administrada, obstaculizando la calificación de la persona jurídica como independiente.

⁹²⁹ Apoyándose en que el *intuitus personae* sólo puede predicarse en relación con las personas físicas, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008, p. 169.

XIII. CONCLUSIONES PROVISIONALES

El estatuto jurídico de los administradores sociales es aplicable a la persona jurídica que ocupa el cargo, así como a su representante permanente, pero no se extiende sobre los gestores mediatos. Sus normas plantean un problema previo de aplicabilidad alternativa o concurrente. Las disposiciones de naturaleza imperativa recaerán sobre los dos sujetos, mientras que los simples requisitos legales o estatutarios sólo serán exigidos a uno de ellos, preferentemente, el ente titular. En el modelo normativo español no es necesario que los estatutos permitan a los socios escoger como administradores a personas jurídicas, pues se trata de una posibilidad legal expresa. En el mismo sentido, si los estatutos pretenden excluir a los entes de las vocalías del órgano, es necesaria una previsión concreta que así lo contemple. En consecuencia, deben rechazarse las prohibiciones implícitas del administrador persona jurídica. Siguiendo esta línea, no existe inconveniente en que los estatutos prohíban que las entidades accedan al cargo, así como que excluyan a un determinado tipo o forma de ente. Y, al contrario, cabe imaginar que se prohíba designar administrador a una persona natural. En todo caso, los requisitos estatutarios se someten a un test de pertinencia *ex casu*.

Por lo que respecta a aquellos requisitos que sólo resulten aplicables a personas naturales, será el representante quien deba acreditar su concurrencia. Así ocurrirá con los condicionantes de edad. En materia de género, existe una solución alternativa, consistente en excluir a los entes del cómputo. Esta tesis es más respetuosa con la libertad del ente de seleccionar a su representante,

pero no debería servir para eludir las disposiciones en la materia mediante la interposición de personas jurídicas. Además, la sociedad administrada podrá instar a su gestor a escoger a una persona que cumpla con los parámetros que se hubiera marcado. Los requisitos relativos a la cualificación profesional lindan con los que denominamos de tipo neutro. En ocasiones, la sociedad podría considerar que concurren en una entidad y que, por consiguiente, no deben ser acreditados por la persona natural representante.

Los estatutos de la administrada disponen de un margen estrecho para condicionar la selección del representante permanente del administrador persona jurídica. Ésta no podría añadir nuevos requisitos diferentes de los ya exigidos a los vocales, aunque cabría admitir esta posibilidad de forma excepcional, siempre que el requisito fuera objetivable, se fundara en la tutela del interés social y no discriminara a un administrador en particular. La persona jurídica no requiere la condición de socio para ser administrador en la sociedad de responsabilidad limitada, así como tampoco en las sociedades anónimas, salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Con todo, la figura suele aparecer en forma de administrador dominical, vinculado a la propiedad de la sociedad administrada. El representante no requiere la condición de socio para ejercer el cargo. Los requisitos relativos a la nacionalidad o el domicilio plantean problemas de aplicación a los entes administradores, por lo que es conveniente que los estatutos concreten el significado que dan a una disposición estatutaria de este contenido.

Las prohibiciones *ex* artículo 213 LSC son de aplicación concurrente, a excepción de aquéllas que, por su naturaleza, sólo pueden imputarse al representante. Así ocurre con la minoría de edad, las condenas por delitos no previstos para personas jurídicas y aquellas incompatibilidades legales que sólo se refieran a personas naturales. No caben interpretaciones extensivas de las

prohibiciones que conduzcan a extender el supuesto de hecho normativo a las personas jurídicas (por ejemplo, excluyendo a los entes integrantes de la Administración Pública). La inhabilitación concursal puede recaer sobre personas naturales o jurídicas, apartándolas del cargo. *De lege data*, esta sanción recae sobre las personas afectadas por la calificación, entre las que puede haber personas jurídicas. Sin embargo, la sanción pone en peligro la subsistencia de los entes ante el riesgo de que se vean impedidos de llevar a cabo su objeto. Por esta razón, la sentencia de calificación debería valorar en detalle la imputabilidad de la conducta a una persona jurídica. La falta de capacidad para el ejercicio del comercio no puede identificarse con una prohibición para los entes que carezcan de objeto o naturaleza mercantil.

En Derecho español se echa en falta una disciplina relativa al incumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo. Si el nombramiento de la persona jurídica los contraviene, el acuerdo será impugnabile por contravención legal o estatutaria, según los casos. De incurrir en prohibición de forma sobrevenida, el cargo se extingue, pero la intervención de la Junta permitirá confirmar el cese y cubrir la vacante. El acuerdo de designación del representante es ajeno a la sociedad administrada, pero cabría fundar su impugnación en la contrariedad a la ley, en concreto, al artículo 236.5 LSC.

Las personas jurídicas acceden al cargo por acuerdo de la Junta general, por cooptación o a través del sistema de representación proporcional. Generalmente, la competencia para aceptar el mandato corresponderá a su órgano de representación externa. Sin embargo, antes de manifestar su aceptación, el ente deberá analizar la relación con su objeto y, en su caso, convocar a la reunión de sus miembros para adoptar las medidas oportunas. Este acto es diferente de la manifestación de la aceptación, que tendrá lugar, generalmente, en un acto propio de la sociedad administrada (su constitución o

su Junta general). El representante permanente está facultado para manifestar la aceptación. Debe descartarse una lectura rigorista del artículo 141.2 RRM e identificarse la aceptación por parte de la entidad administradora con su manifestación externa. El nombramiento del ente se inscribe de conformidad con el artículo 215 LSC, haciendo constar los datos que exige la identificación de las personas jurídicas. *De lege data* no se requiere constancia de la identidad de los gestores mediatos, aunque resultaría conveniente identificarlos si el administrador fuera una persona jurídica no inscrita o no sujeta a inscripción registral.

El representante será designado por el órgano de representación externa del ente, salvo que éste se haya dotado de previsiones para este supuesto. El margen de la administrada en esta materia es mínimo y se reduce a incrementar las exigencias de información sobre la identidad del designado. Queda excluido el derecho de veto o la sujeción a autorización de la sociedad, aunque ésta pueda exigirla *de facto*, gracias a la facultad de cese que ostenta sobre el administrador. El cargo puede recaer sobre una persona previamente apoderada o, en cambio, resultar necesario otorgar poder en su favor. La designación procede desde el momento en que la persona jurídica acepta el cargo, pero nada impide que tome las disposiciones oportunas para nombrar a su mandatario desde que prevé que se producirá el nombramiento. La designación constará en el Registro Mercantil, en la hoja abierta a la sociedad, junto al nombramiento de su principal.

En las sociedades cotizadas, los documentos preparatorios del nombramiento del consejero también serán exigibles cuando se escoja a una persona jurídica. En este caso, las circunstancias objetivas y subjetivas del ente, así como las implicaciones o razones de su selección, permitirán a los socios emitir un voto informado. Tales requisitos resultan exigibles al representante

por mor del artículo 529 *decies* 7 LSC. La remisión no supone que el representante sea nombrado por la Junta general de la administrada, ni que la persona jurídica quede impedida de designar suplentes. El régimen de garantías de los administradores sólo se extiende al ente gestor.

El administrador persona jurídica cesará en el cargo cuando concurren las circunstancias que determinan la extinción del mandato de cualquier titular orgánico. En este caso, además, el cese se producirá como consecuencia de la extinción de la personalidad jurídica. Las modificaciones estructurales que no afecten a la personalidad jurídica tampoco condicionan la subsistencia del mandato. En cambio, en aquéllas en las que el ente se extingue, el vínculo orgánico se transmite, como cualquier otra relación de contenido fiduciario concluida *intuitus personae*. En cualquier momento, la Junta general de la administrada puede poner fin al mandato de la sociedad resultante o absorbente. Como sucesora universal del administrador extinto, la adquirente o resultante será responsable de los daños causados en el desempeño del cargo con anterioridad a la modificación estructural.

El representante cesa como consecuencia del abandono del mandato por parte de la persona jurídica, así como por las causas ordinarias, aplicables a los administradores personas físicas. El término “revocación” del artículo 212 *bis* 2 LSC debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo cualquier causa de cese del representante. El artículo 143.2 RRM dispone que el cese del representante no producirá efectos hasta la designación de su sustituto. La norma genera un espacio intermedio, entre la designación efectiva y la inscripción del nuevo representante, durante el cual, ésta es plenamente válida, pero no oponible frente a los terceros.

El ente gestor puede cesar a su representante siempre que la destitución sea justificada en relación con la situación de la sociedad administrada, tempestiva

y no arbitraria. El representante puede dimitir, presentando su renuncia ante su principal. Sin embargo, es conveniente que notifique la baja a la sociedad en la que ejerce funciones, ante el riesgo de que las dilaciones en la inscripción del nuevo representante induzcan a los terceros a reclamar responsabilidad frente a él. La extinción del poder de representación que faculta a la persona natural para ocupar el cargo determina el cese.

El mandato del ente administrador tendrá la misma duración que el propio de los administradores que sean personas físicas en la concreta sociedad. El mandato de su representante podría tener una duración inferior, siempre que la persona natural se mantuviera en el cargo durante el tiempo suficiente para que la gestión fuera aprobada por la Junta general. El titular podrá ser reelegido y, en ese caso, se presume que su representante continúa ejerciendo el mandato (art. 143.2 RRM). La norma preserva el funcionamiento del órgano de administración y minimiza la carga para la persona jurídica, que no necesitará realizar una nueva designación. La sociedad podrá designar suplentes del administrador persona jurídica y éstos, a su vez, podrán ser personas naturales o entidades. El Derecho de sociedades ignora la figura del suplente del representante, aunque el ente podrá designarlo, con mera eficacia interna.

Por lo que respecta al funcionamiento del órgano con personas jurídicas, el representante queda excluido del cómputo para determinar el número de administradores. Una persona jurídica sólo puede ocupar una vocalía en la concreta sociedad. Por su parte, el representante no puede ser, a la vez, administrador en nombre propio ni representante de otra persona jurídica en la misma compañía. El representante está obligado y, al mismo tiempo, facultado para asistir a las Juntas generales. Por su parte, los gestores mediatos podrán ser autorizados por los estatutos o por el presidente, según los casos. El

representante posee legitimación activa para impugnar los acuerdos de los órganos sociales.

La retribución asociada al cargo corresponde al titular, la entidad. La sociedad no puede reconocer la remuneración propia de sus gestores en favor de la persona natural. Aun así, los estatutos gozan de cierto margen para ordenar la cuestión y, en todo caso, no existe impedimento en que las dietas correspondan al sujeto que efectivamente ejecuta las tareas.

La conclusión de vínculos adicionales con el ente se somete al régimen de conflictos de interés. Lo mismo es predicable del representante. La doctrina que prohíbe la acumulación de una relación laboral especial de alta dirección con el vínculo orgánico decae tras la Ley 31/2014 gracias a la incorporación de una auténtica *Anstellung*, el contrato de consejero ejecutivo. Con todo, la limitación se mantiene para el representante permanente.

En el consejo de administración con presencia de personas jurídicas, el representante está facultado para asistir a las sesiones y ejercerá el derecho de voto, siguiendo las instrucciones de su principal que resulten compatibles con el interés social. La asistencia de una persona diferente de la inscrita en el Registro Mercantil no permite fundar la impugnación del acuerdo del consejo, por aplicación de la prueba de resistencia (art. 204.3.c) LSC). Lo mismo es aplicable si el sujeto ejerce el voto o si el representante se separa de las directrices de la persona jurídica (art. 204.3. LSC). A pesar de ello, los acuerdos en los que conste la presencia de una persona natural distinta de la inscrita que actúe en nombre del ente no serán inscribibles en el Registro Mercantil, lo que limita la eficacia de la prueba de resistencia en relación con los acuerdos del consejo de administración.

De forma puntual, el administrador puede hacerse representar por otro consejero. Esta prerrogativa puede ser ejercitada por la persona natural, con

independencia de que haya sido expresamente autorizado. El ente puede asumir cualquier cargo organizativo en el seno del consejo, que su representante ejercitará. Este administrador también puede resultar beneficiario de facultades delegadas o de apoderamientos adicionales. Por regla general, el contrato de consejero será suscrito con la persona jurídica. El tenor literal del artículo 249.3 LSC obstaculiza que, entre nosotros, este contrato sea concluido con un tercero distinto del ente, en particular, con el representante permanente. El acuerdo podrá incorporar previsiones adicionales relativas al ejercicio del cargo. Finalmente, el ente puede ostentar cualquiera de las categorías de consejero, incluidas las funciones como independiente, siempre que reúna los requisitos legales.

**CAPÍTULO VII – ESTATUTO JURÍDICO-SOCIETARIO DEL
ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA Y SU REPRESENTANTE
(II): DEBERES Y RESPONSABILIDAD**

I. INTRODUCCIÓN

La segunda fase en la construcción del estatuto jurídico societario de la institución consiste en analizar la proyección que sobre ella tienen los deberes de los administradores sociales. En el modelo normativo vigente, éstos incidirán sobre la persona jurídica titular, pero también sobre la persona física que ejerce las funciones como representante *ex artículo 212 bis 1 LSC*. En esta materia, la principal singularidad del régimen legislado se refiere a la regla de la solidaridad entre el representante y el ente, recogida en el artículo 236.5 *in fine* LSC, cuyo concreto alcance debe ser determinado. Además, la disciplina de los deberes de los administradores sociales se verá condicionada por la dinámica que siga el desempeño del cargo, sobre la que no incide la norma societaria. En efecto, la actuación necesaria por medio de un representante no prejuzga el modo en que se produce el reparto interno de tareas en la persona jurídica. Sin embargo, tales circunstancias no modifican los parámetros de diligencia o lealtad. En este contexto, procede analizar cada uno de los dos deberes generales de los administradores con el fin de identificar sus particularidades. Seguidamente, se propone el examen de la previsión por la que ambos se someten a responsabilidad solidaria (art. 236.5 LSC), valorando la forma en que ello afecta al régimen ordinario de responsabilidad, así como a las acciones previstas en los artículos 238, 241 y 367 LSC.

II. PRELIMINAR: ALCANCE SUBJETIVO DEL RÉGIMEN DE DEBERES

Como paso previo al examen de cada una de las específicas obligaciones que componen el estatuto orgánico del administrador, es preciso dejar sentado su concreto alcance subjetivo.

1. El administrador persona jurídica

Bajo el principio de plena equiparación del ente administrador con aquéllos que sean personas físicas, todos los deberes relacionados con la gestión de la empresa social se imputan a la persona jurídica. Sin embargo, a diferencia de las cuestiones posicionales o aquéllas relativas al funcionamiento del órgano, los deberes poseen un contenido comportamental, esto es, se basan en un estándar de conducta que el titular del cargo debe observar, lo que plantea algunas particularidades en su aplicación al supuesto de hecho⁹³⁰. En primer lugar, porque la formación y expresión de la voluntad del ente administrador será el resultado de la actuación de las personas que compongan sus órganos. En tal medida, la conducta de los llamados administradores mediatos será relevante para determinar si el comportamiento del ente se adecúa a los parámetros de diligencia o lealtad. Y, sin embargo, en el modelo normativo español, éstos no quedan formalmente sujetos a los deberes propios del cargo. A la vez, el ejercicio material de las tareas correspondientes se atribuye a una persona física representante, lo que plantea dificultades de individualización e imputación de conductas. Con todo, la Ley de Sociedades de Capital sólo exige que la persona física desarrolle las tareas adscritas a la vocalía, pero no prejuzga

⁹³⁰ CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 71.

el modo en que éstas se integran en la operativa interna, el grado de intervención de los gestores de la persona jurídica o la vinculación del representante a las instrucciones del ente titular.

2. El representante del administrador persona jurídica

La sujeción del representante permanente a las obligaciones anudadas al cargo posee fundamento legal expreso en el artículo 236.5 LSC, a partir de la Ley 31/2014. De este modo, la persona física queda sujeta a los deberes que le corresponderían si ella misma estuviera investida de tal condición⁹³¹. Con esta fórmula, el legislador español incorpora la solución clásica del ordenamiento de referencia, aunque con una técnica legislativa diferente a la propia del *Code de Commerce*, donde se somete al representante idénticos deberes que si ejerciera el cargo en *nombre propio* (art. L225-20 *Cccom*). En esta materia, el principal problema radica en la naturaleza híbrida del cargo de representante permanente. Su caracterización como órgano societario de la persona jurídica indica que la intersubjetividad deber ser ignorada y, entonces, el destino de ambos sujetos queda unido inexorablemente. De este modo, las acciones u omisiones de las que se derive responsabilidad para el representante deberán también imputarse al ente gestor. Esta tesis es resultado de una interpretación concreta del artículo 10.2 de la Primera Directiva, así como del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, acogida en el estudio. A pesar de lo anterior, no debe perderse de vista la presencia de dos sujetos de derecho a quienes pueden ser imputadas acciones u omisiones de forma individual. Lo anterior parece más acorde al principio de responsabilidad personal, por lo que será

⁹³¹ Entre los autores que se han aproximado a la cuestión tras la Ley 31/2014, LLEBOT MAJÓ, J. O., “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, cit., p. 335.

necesario averiguar la concreta relevancia de las vicisitudes internas frente a las reclamaciones de responsabilidad.

Por otro lado, en ocasiones, el fundamento dogmático de los deberes del representante permanente es dudoso. El sistema vigente se basa en que, como titular de plenos poderes para actuar en el órgano, esta persona física responderá como si de un administrador se tratara. Con ello, se evita el recurso artificial a otros expedientes del Derecho de sociedades y, en particular, a la administración de hecho⁹³². Sin embargo, el hecho de que la figura se construya a partir de un apoderamiento otorgado por la persona jurídica administrador plantea la duda sobre si determinadas obligaciones tienen su origen en la relación interna o incluso en la relación subyacente acumulada o, en cambio, deben considerarse inherentes a la naturaleza societaria de la figura. En el primer caso, sus incumplimientos constituyen infracciones de la relación interna, mientras que, en el segundo, nos situamos ante incumplimientos de sus deberes propios de los administradores. En este contexto, al tratar algunas de las específicas obligaciones de la persona física representante, será necesario determinar si deben caracterizarse como deberes de Derecho societario o, por el contrario, su incumplimiento sólo posee relevancia en vía interna. Hasta el momento, se ha establecido que la obligación de informar y, en general, la rendición de cuentas al ente administrador, encuentran su fundamento en la segunda vertiente⁹³³.

⁹³² En este sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, cit., p. 461.

⁹³³ Véase *supra* Capítulo V, III.8.2.4.E.

3. Los gestores mediatos

Por último, resta referirse a la proyección que los deberes de los administradores sociales tendrán sobre quienes hemos denominado *gestores mediatos*, habitualmente, los propios titulares orgánicos u otros responsables de la gestión y representación de la persona jurídica administradora. Aunque la Ley de Sociedades de Capital no contempla indicación alguna sobre la sumisión de estas personas a los deberes del cargo, el cumplimiento de tales obligaciones por la entidad en la que se integran requerirá, las más de las veces, que su comportamiento se ajuste al estándar de diligencia o lealtad marcado por la norma societaria. En otros términos, los gestores mediatos se verán constreñidos por las limitaciones que la condición de administrador imponga al ente de cuyo órgano forman parte. Asimismo, determinadas obligaciones sólo podrán ser cumplidas si tales personas quedarán sujetas a ellas. En tal sentido, su comportamiento posee relevancia en tanto delinea la conducta del ente, pero no se imputa como acto propio, sino de la persona jurídica⁹³⁴.

En el ordenamiento jurídico español, los gestores mediatos carecen de legitimación activa frente a las acciones de responsabilidad. Por regla general, éstos sólo responden frente a la persona jurídica a cuya esfera orgánica pertenecen, de forma que la sociedad administrada carecería de acción directa⁹³⁵. En línea con la hipótesis manejada en el estudio, la exigencia de responsabilidad a los gestores mediatos posee escaso desarrollo en los modelos

⁹³⁴ BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 53.

⁹³⁵ BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 52. TOMBARI, U., “La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo modello di organizzazione dell’attività di impresa”, cit., Mg. 5.

basados en un solo representante permanente. Frente a ellos, la reclamación de responsabilidad tendría fundamento extracontractual⁹³⁶.

Por otra parte, la composición del órgano de representación externa de la persona jurídica no es indiferente a la sociedad gestionada⁹³⁷. Sus miembros serán quienes designen al representante y, generalmente, le impartan instrucciones. La presencia en los órganos de la persona jurídica de sujetos escasamente aptos o con intereses contrarios a la sociedad no constituye *per se* el incumplimiento de sus deberes legales por parte del administrador persona jurídica. En su caso, deberán reconducirse a infracciones de específicos deberes de diligencia o lealtad por persona vinculada *ex* artículo 231.2 LSC. Finalmente, no deben descartarse los supuestos fraudulentos, en los que el ente gestor sea interpuesto por gestores mediatos incurso en incompatibilidad para ocupar cargos en la sociedad administrada.

III. DEBER GENERAL DE DILIGENCIA

En primer lugar, es necesario trasladar el deber de diligencia a la institución objeto de estudio. En particular, se trata de averiguar de qué formas se hará

⁹³⁶ MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, cit., p. 463; PESCATORE, G., *L'amministratore persona giuridica*, cit., pp. 122-123. En el modelo alemán de sociedad comanditaria por acciones cuyo socio colectivo sea una persona jurídica, BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 52. No obstante, algunos autores proponen reconocer una acción directa, evitando el aislamiento de la responsabilidad por parte de los gestores mediatos. Así, BACHMANN, G., “§283 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., t. II, München, C. H. Beck, 2010, pp. 1159-1164, en concreto, pp. 1162. PERLITT, J., “§ 278 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 4ª ed, vol. 5, C. H. Beck, München, 2015, Mg. 316-319, en concreto, Mg. 318.

⁹³⁷ HOMMELHOFF, P., “Anlegerschutz in der GmbH&Co. KGaA”, cit., p. 20. BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 62.

exigible esta obligación general al ente administrador, teniendo en cuenta que será su representante quien efectivamente actúe.

1. Elementos del deber de diligencia

Consagrado en el artículo 225 LSC, el deber de diligencia se refiere al desempeño del cargo por parte de los administradores, pero esta noción se proyecta de forma particular sobre el instituto estudiado. Así, según establece el artículo 212 *bis* 1 LSC, el ejercicio material o efectivo de las funciones propias del cargo corresponde al representante. En nuestro modelo, la persona física asiste a las reuniones del órgano administrativo y manifiesta su voluntad por medio del ejercicio del derecho de voto, plasma su firma sobre las cuentas anuales (art. 253.2 LSC) o recibe de primera mano la información sensible afectada por el deber de reserva. En su caso, será también quien ejerza las funciones que corresponda, en el caso de que el ente asuma algún cargo de naturaleza organizativa. Pero el desempeño no se circunscribe a los deberes tipificados en la norma, sino que comprende la totalidad de la gestión social, a saber, las actividades que integran el objeto, aquéllas necesarias para su ejecución y todas las actividades de lícito comercio que queden amparadas por la cláusula del artículo 234 LSC. Además, quedarán incluidas, tanto las tareas de naturaleza ordinaria, como aquellas actuaciones de carácter excepcional: las negociaciones previas a una transmisión de acciones, participaciones o activos, una modificación estructural o un supuesto de oferta pública de adquisición o de venta. También le compete la ejecución material de aquellos actos que revistan alguna formalidad, por ejemplo, la suscripción de una operación con cualquier tercero, así como todos los actos de la vida social que deban ser

objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Al darles trámite, el representante actuará por cuenta del ente titular.

Tras aceptar el mandato y ser debidamente apoderado, la persona física queda facultada para realizar cualesquiera de las referidas actividades. Sin embargo, la norma no ordena la vertiente interna, por lo que el grado de iniciativa del representante con respecto a las tareas que le competen, la consulta al ente titular o el respeto a sus instrucciones quedan a la voluntad de las partes. Y es que la norma societaria no condiciona la organización interna del cargo en el seno del ente administrador. Por tales razones, el desenvolvimiento del mandato de administrador posee una dimensión distinta del supuesto en que el titular sea una persona física. En efecto, 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. Bajo esta premisa, y con el fin de concretar la proyección del deber de diligencia sobre la institución, procede analizar las particularidades que el supuesto de hecho introduce en cada uno de sus elementos.

1.1. Consideración a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas

De acuerdo con el artículo 225.1 LSC, a la hora de determinar si se ha respetado el deber de diligencia, podrá atenderse a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas a cada administrador. De este modo, la norma permite tomar en consideración las concretas circunstancias del administrador

implicado. En principio, la referencia a la naturaleza del cargo y a las funciones atribuidas está pensada para brindar un tratamiento distinto a aquellos administradores vinculados a la gestión corriente de la empresa social, según exista a su cargo una delegación de facultades o, por ejemplo, hayan asumido puestos organizativos en el seno del consejo, tales como la condición de presidente del consejo⁹³⁸. A la vez, nada impide que la cláusula habilitante permita ajustar la diligencia a las particularidades del supuesto en que el administrador sea una persona jurídica.

1.2. Cumplimiento de los deberes legales y estatutarios

Como cualquier titular orgánico, el administrador persona jurídica se somete a los deberes legales y estatutarios, a los que dará cumplimiento con la diligencia de un ordenado empresario (art. 225.1 LSC). Sin embargo, la condición de persona jurídica del titular trae consigo una serie de obligaciones específicas que no se manifiestan cuando la vocalía es ocupada por una persona física. La primera concreción del deber de diligencia del administrador persona jurídica se refiere a la designación del representante, impuesta *ex* artículo 212 *bis* 1 LSC. Esta obligación incluye la selección de un candidato que reúna las condiciones exigidas por la sociedad, a saber, todos los presupuestos legales y

⁹³⁸ Este elemento se encuentra en la doctrina tradicional en la materia. Así, ALONSO UREBA, A., “Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos) y no ejecutivos en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA”, *RdS*, 25 (2005), pp. 19-69, en concreto, pp. 60-62. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La responsabilidad de los consejeros”, ESTEBAN VELASCO, G. (ed.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 537-594, en concreto, p. 566. Tras la reforma, RECALDE CASTELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la business judgement rule”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 629-663, en concreto, pp. 635-636.

estatutarios y, específicamente, aquéllos que no resulten acreditables por el ente gestor por su propia condición de persona jurídica. De hecho, la operatividad de la vocalía ocupada por una entidad depende de la presencia de esta concreta persona natural. La obligación también incluye la de apoderar debidamente al sujeto que ejercerá el cargo, extremo que apunta en contra de que el ente titular oponga frente a la sociedad administrada los vicios en el poder de representación de la persona física.

En el mismo sentido, su deber de diligencia cristaliza en la realización de los trámites necesarios para formalizar la inscripción de la designación en el Registro Mercantil, bien instándola directamente, bien siguiendo las pautas que la sociedad administrada tenga establecidas. Ello incluirá la sustitución del representante en caso de cese. El relevo debe producirse minimizando la interrupción del funcionamiento del órgano. De esta forma, el retraso injustificado, sea en la designación originaria o en la posterior al cese del primer representante, y la ausencia de designación constituirán infracciones del deber de diligencia por parte del ente titular, pues contravendrán una específica obligación propia de la figura⁹³⁹. También constituirá infracción de este particular deber derivado del general de diligencia la selección de un candidato inadecuado derivada de culpa *in eligendo*⁹⁴⁰.

La designación del representante como auténtico deber fiduciario del ente titular puede también manifestarse en momentos posteriores al inicio del mandato, por ejemplo, en caso de causar baja el representante y resultar

⁹³⁹ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 185. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 317. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 741- 798, en concreto, p. 758.

⁹⁴⁰ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, cit., p. 758.

necesaria su sustitución⁹⁴¹. Ante la persistencia en el incumplimiento, la sociedad debería cesar al ente titular para evitar la perpetuación de una situación contraria a la ley⁹⁴². Por lo demás, los deberes legales y estatutarios incumben al representante permanente por mor del artículo 236.5 LSC.

1.3. Grado de diligencia exigible

El estándar de diligencia es el exigible a un ordenado empresario *ex* artículo 225.1 LSC. Al proyectarse sobre la figura estudiada, este parámetro se ve condicionado por el hecho de que, entre el administrador y su representante existe una relación jurídica subyacente con su propio estándar de diligencia. Por regla general, la diligencia de un ordenado empresario será exigible al representante, tanto en la vertiente *ad extra*, como en su relación interna con la persona jurídica administradora. Así será si el designado fuera uno de los titulares orgánicos del ente o un apoderado general. En cambio, cabría admitir que se exigiera un parámetro menor de diligencia en el ámbito de la relación interna (por ejemplo, en el caso de una relación especial de alta dirección). Sin embargo, este extremo no afectará a su mandato como representante ni podrá esgrimirse como excusa frente a su responsabilidad⁹⁴³.

⁹⁴¹ Similares conclusiones se alcanzan en la doctrina alemana con respecto a la elección de los gestores mediatos. Así, GOETTE, W., “KGaA: Zulässigkeit einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin”, cit., p. 1014. PRIESTER, H-J., “Die KGaA ohne natürliche Komplementär”, cit., p. 261. La idea también está presente en la selección de los miembros del consejo de vigilancia por determinado núcleo de control, LUTTER, M., “Bankvertreter im Aufsichtsrat”, cit., p. 229. En la doctrina patria, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., pp. 309 y 317.

⁹⁴² DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, cit., p. 349.

⁹⁴³ Entre los autores que se han aproximado a la cuestión, consideraba que nos situamos ante un estándar diferente, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., pp. 2325-2326. En otra sede nos hemos pronunciado sobre las

Respecto de la persona jurídica, será habitual que el ente sea calificado como comerciante *ex* artículo 1 Cdc (por ejemplo, en el supuesto habitual de que se trate de una sociedad mercantil). Con independencia de este extremo, el estándar de ordenado empresario se traduce en una postura facilitadora por parte de su esfera jurídica, que limite los obstáculos al ejercicio efectivo por parte del representante. Así, este deber puede concretarse en proporcionar información relevante en el ejercicio del cargo o convocar una reunión de sus órganos en el tiempo y forma requeridos por su condición de administrador. Piénsese, por ejemplo, en que el representante deseara consultar una operación que fuera a concluir la sociedad administrada o aceptar una delegación de facultades.

2. Protección de la discrecionalidad empresarial y particularidades de la *business judgment rule*

Los elementos que integran el test de la discrecionalidad empresarial presentan algunos perfiles particulares en su traslación a la figura objeto de estudio. En primer lugar, la existencia de interés personal en el asunto puede sugerir dificultades de aplicación a personas jurídicas. Como premisa del estudio, se ha aceptado que la calificación del *intuitus personae* en relación con una persona jurídica puede referirse a sus circunstancias objetivas y subjetivas. Aquí, el elemento personal se refiere al propio del sujeto de derecho que ocupa la vocalía orgánica y no a los gestores mediatos. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la existencia de interés personal por parte de un gestor mediato elimina el presupuesto de la discrecionalidad empresarial. Piénsese, por

limitaciones a la acumulación del negocio con relaciones jurídicas de subordinación, en las que el estándar de diligencia es menor (véase *supra* Capítulo V, III.8.2.1).

ejemplo, en que el interés personal sea el del socio único del ente o de su único administrador. En tales casos, si la voluntad sobre la decisión en cuestión puede ser reconducida a esa persona física, entonces, debe descartarse la protección que otorga la *business judgment rule*. Con todo, este elemento de la regla del buen juicio empresarial entronca con el deber de lealtad y, por consiguiente, las normas relativas a los conflictos de interés deberían cumplir aquí su función preventiva⁹⁴⁴.

Por otro lado, el procedimiento de decisión adecuado plantea también una dimensión distinta en su traslación al administrador persona jurídica. Este elemento toma en consideración el proceso de formación de la voluntad del administrador, que se concreta en la decisión fiscalizada por el tribunal. De acuerdo con los autores que se han aproximado a esta cuestión, el procedimiento de decisión se refiere, *inter alia*, a las normas ordenadoras de la toma de decisiones en la concreta sociedad, pero también a la implantación de un sistema de información y toma de decisiones⁹⁴⁵. Este elemento comprende el proceso de formación de la voluntad de cada administrador y del órgano en

⁹⁴⁴ Sobre el interés personal como elemento de confluencia de ambos deberes, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, cit., p. 38. RONCERO SÁNCHEZ, A., “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 383-424, en concreto, p. 418. En cuanto a la función preventiva de las normas en materia de lealtad, ENRIQUES, L., “Il conflitto d’interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario”, *Riv. Soc.*, 3-4 (2000), p. 509-561, en concreto, p. 511.

⁹⁴⁵ HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*, cit., p. 13. SERRANO CAÑAS, J. M., “La incorporación de la business judgment rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley Mercantil*, 6 (2014), pp. 1-16, p. 9, se refiere a los “protocolos decisorios”. RECALDE CASTELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la business judgement rule”, cit., p. 652-653. HERNANDO MENDIVIL, J., “La Business Judgment Rule”, *RDM*, 299 (2015), pp. 313-370, en concreto, pp. 345-346.

su conjunto⁹⁴⁶. De esta forma, habría que respetar las normas de reparto competencial, pero también las establecidas en los estatutos o, en su caso, en el reglamento de funcionamiento del órgano. Si el administrador es una persona jurídica, surge la duda sobre si el procedimiento adecuado se refiere a la formación de la voluntad del administrador o incumbe, en exclusiva, al representante. En efecto, ante una decisión estratégica, cabe pensar que la información relevante deba ser, primero, comunicada y, después, sometida a los órganos del ente gestor, para después ser transmitida al representante. De este modo, si el administrador es una persona jurídica, un adecuado proceso de decisión incluiría, por un lado, las comunicaciones entre el representante y la persona jurídica y, de otro, la adopción de los correspondientes acuerdos en el seno del ente titular, con arreglo a su normativa interna⁹⁴⁷. Por consiguiente, en su aplicación a cada uno de estos dos sujetos, la *business judgment rule* debería tomar en consideración el procedimiento decisorio bidireccional. Éste se iniciaría desde que el representante conociera las circunstancias de la decisión a adoptar, que transmitiría al órgano competente de la persona jurídica. Seguidamente, se adoptaría la decisión oportuna en el ente, que el representante manifestaría ante la sociedad. El efecto de solapamiento de las esferas de administradora y administrada se traduciría en que el procedimiento de toma

⁹⁴⁶ GUERRERO TREVIANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los principios de la "business judgment rule" al ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 2014, p. 275-280. RONCERO SÁNCHEZ, A., "Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia", cit., pp. 415 y 417.

⁹⁴⁷ Desde el punto de vista de los costes asociados a la obtención de la información, FLEISCHER, H., "La *Business Judgment Rule* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", *RDM* 246 (2002), pp. 1727-1754, en particular, p. 1742, no parece que quepa hacer distingo en el supuesto de hecho con respecto a los administradores que sean personas naturales, de forma que el representante tendrá a su disposición idénticos medios que los demás administradores. Cuestión distinta es que la pertenencia al grupo u otras circunstancias permitan que el ente gestor destine recursos a la fase preparatoria de la operación, mejorando la calidad del proceso decisorio.

de decisiones del titular del cargo sería relevante para valorar la discrecionalidad empresarial.

Sin embargo, la propuesta anterior debe ser rechazada, pues la corrección de las decisiones estratégicas no puede hacerse depender de que el ente gestor haya tomado las disposiciones oportunas, según normas ajenas a las que rigen la vida social. En efecto, el procedimiento adecuado de decisión sólo puede referirse a la formación del criterio de la persona física representante. En tanto este sujeto acredite haber respetado las pautas exigibles a todo administrador que sea una persona natural, el seguimiento del proceso por parte del ente gestor resulta irrelevante. Esta tesis concuerda con la idea de que las obligaciones de información y consulta del ente carecen de sustrato en la norma societaria y, por consiguiente, no constituyen incumplimientos del deber de diligencia.

3. Obligaciones específicas derivadas del deber de lealtad

Sobre estas bases, procede examinar la proyección de las tres obligaciones específicas contenidas en los apartados segundo y tercero del artículo 225 LSC, a saber, el deber de dedicación, la función de cumplimiento normativo y el deber de información sobre el instituto estudiado.

3.1. Deber de dedicación

La dedicación debida por el representante del administrador persona física es idéntica a la exigible a cualquier administrador persona física. Lo anterior incluye la obligación de asistencia a las reuniones del órgano, con la particularidad de que, en este caso, no es posible satisfacer este deber de

ninguna otra forma. También aquí las ausencias reiteradas o injustificadas pueden constituir incumplimientos del deber de diligencia⁹⁴⁸. Sin embargo, en esta constelación se manifiesta el problema de imputación de los actos del representante. Y es que, si esta concreta persona se ausenta de la reunión, se considera que el ente titular también lo ha hecho. Esta circunstancia poseerá relevancia para calificar la responsabilidad de los administradores, teniendo en cuenta que el artículo 237 LSC, relativo a las causas de exoneración, toma como presupuesto la intervención en el acuerdo lesivo.

Al trasladarse al ente gestor, el deber de dedicación adecuada se concreta en la obligación de seleccionar a un candidato apto y vigilar su desempeño. La persona jurídica debe designar a un representante que se encuentre en condiciones de mantener una dedicación adecuada a la naturaleza del cargo atribuido. De este modo, el ente deberá valorar su aptitud y competencia, pero también tomar en consideración si, por ejemplo, la existencia de otros vínculos puede obstaculizar el ejercicio de las tareas como representante. Esta obligación particular se mantiene a lo largo del mandato bajo la forma de conservar un representante y de que éste coincida con la persona que conste en el Registro Mercantil. Una conducta del ente administrador orientada a generar una discordancia entre el representante registrado y quien efectivamente desempeñe tales funciones conlleva un incumplimiento fiduciario en vulneración de norma legal. Por otra parte, el deber de dedicación adecuada del

⁹⁴⁸ MAMBRILLA RIVERA, V., “Las concretas manifestaciones del deber general de diligencia de los administradores”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 345-383, en concreto, p. 363. En sede de sociedades cotizadas, QUIJANO GONZÁLEZ, J., -, “Estatuto de los administradores: (Selección, nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros) (Recomendaciones 23 a 34”, *RdS*, 27 (2006), pp. 115-135, en concreto, p. 123.

ente se traduce en el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas que permita a su organización facilitar el desempeño por parte del representante, impartiendo las instrucciones que resulten necesarias y evaluando el desarrollo de las funciones. En este sentido, el deber de la persona jurídica puede concretarse en facilitar la coincidencia temporal o, al menos, la proximidad entre las sesiones del órgano de la administrada y el propio de la persona jurídica. El efectivo seguimiento de las instrucciones o la eficacia del sistema de rendición de cuentas quedan fuera del ámbito societario, pero su implantación puede ser una forma de concretar el deber de diligencia.

El incumplimiento del deber de dedicarse de forma suficiente a la actividad se proyecta sobre el ente de dos formas. Por un lado, si el representante no estuviera presente en la reunión en la que se adoptara un acuerdo del que se derivara responsabilidad, el administrador persona jurídica podría ignorar la propia celebración de la sesión y oponer como causa de exoneración el desconocimiento de la decisión lesiva (art. 237 LSC). Por consiguiente, los sistemas de rendición de cuentas a la persona jurídica se instaurarán en interés de la sociedad administrada a efectos de evitar que el administrador se excuse en la negligencia de su mandatario. En otros términos, es probable que la responsabilidad derivada de ausencias reiteradas del representante revele la falta de seguimiento por parte del ente gestor. De ahí que el sistema de supervisión sobre el representante sea obstáculo a la exoneración del ente administrador, pues su correcta implantación habría permitido sustituir al mandatario incapaz de dedicarse adecuadamente a la gestión social.

3.2. Deber de control y función de *compliance*

La función de *compliance* se sitúa en la esfera del deber de diligencia del órgano de administración, en concreto, en la obligación de dirección y vigilancia de la sociedad (*Überwachungspflicht*)⁹⁴⁹. Aparece aquí el llamado deber de legalidad (*Legalitätspflicht*), que se refiere a la obligación del administrador de procurar que la conducta de la sociedad y sus miembros se ajuste a la normativa societaria (deber de legalidad interno), pero también al resto del ordenamiento jurídico (deber de legalidad externo)⁹⁵⁰. Se concluye así la existencia de una obligación a cargo de los gestores de garantizar que la organización respete los parámetros legales (un *Compliance Pflicht*)⁹⁵¹. El siguiente paso en este esfuerzo dogmático consiste en colegir el deber de instaurar un sistema de *compliance*, que prevenga y detecte los incumplimientos normativos, de forma que su inexistencia o ineficacia determinarán la responsabilidad de los miembros del órgano de administración.

Tradicionalmente, en el modelo español, las medidas de control y dirección se referían al deber de vigilancia de los no ejecutivos sobre quienes se ocupen

⁹⁴⁹ En el caso alemán, tipificado en el § 93 AktG a cargo del *Vorstand*, FLEISCHER, H., “Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund”, *CCZ*, 1 (2008), pp. 1-6, en concreto, p. 1. En el Derecho estadounidense, EISENBERG, M. A., “The Board of Directors and Internal Control”, *Cardozo L. Rev.*, 19 (1997-1998), pp. 237-264, en concreto, p. 259. Tradicionalmente, la doctrina patria ha extraído un deber de vigilancia y supervisión de la obligación general de diligencia. Así, SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 343. LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, cit., pp. 69-73.

⁹⁵⁰ ARNOLD, M., “Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen”, *ZGR*, 43-1 (2014), pp. 76-106, en concreto, p. 78. FLEISCHER, H., “Aktienrechtliche Legalitätspflicht und *nützliche* Pflichtverletzungen von Vorstandmitgliedern”, *ZIP*, 4 (2005), pp. 141-152, en concreto, p. 142.

⁹⁵¹ FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1389.

de la gestión cotidiana o ejecutiva⁹⁵². En contraste, las consideraciones anteriores se recogen en la norma vigente a través del deber de legalidad, como vertiente del deber general de diligencia, del que se extrae la obligación de cumplir los compromisos impuestos por las leyes y los estatutos (art. 225.1 LSC)⁹⁵³. Por otro lado, se insta la obligación de adoptar las medidas precisas para la buena dirección y control de la sociedad (art. 225.2 LSC). Si el primer apartado del precepto recoge un deber de legalidad propio, esto es de, de que el titular del cargo cumpla con las obligaciones legales y estatutarias de las que es destinatario, el apartado segundo le impondría un deber de control o vigilancia sobre la sociedad. En esa vertiente, la noción de control debe entenderse referida a la supervisión del cumplimiento normativo por parte de la organización y sus miembros, esto es, como un deber de *compliance*. En tal sentido, la responsabilidad derivada de la ausencia o ineficacia del sistema de cumplimiento (*ex art. 236.1 LSC*) constituiría una infracción del deber de diligencia.

Al trasladarse a la figura objeto de estudio, la buena dirección y control de la sociedad requiere de la interacción del ente administrador y su representante. A nuestro parecer, un adecuado sistema de dirección despliega entre ellos un deber recíproco de vigilancia. Aplicado al ente administrador, el deber de *compliance* se concreta en el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas a cargo del representante, aunque esta obligación se extraía ya del deber de dedicación. Por su parte, trasladado a la persona física, el deber de control se manifiesta en la transmisión diligente de la información al ente

⁹⁵² RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 419-446, en particular, p. 428.

⁹⁵³ Por esta razón, se comprende que algunas voces sitúen el deber de *compliance* en el párrafo inmediatamente anterior. Así, LLEBOT MAJÓ, J. O., “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, cit., p. 332.

administrador, facilitando la adopción de las decisiones o directrices oportunas. En el mismo sentido, el deber de control cristaliza en el sometimiento de las instrucciones recibidas de la persona jurídica a un test de compatibilidad con el interés social.

3.3. Deber de información

El tercero de los deberes emanados de la cláusula de diligencia se refiere a la obligación de informarse debidamente⁹⁵⁴. Su particularidad es que se configura, a la vez, como una prerrogativa y de su observancia depende la superación del test del buen juicio empresarial. Además, se trata de una facultad individual, asociada a la titularidad orgánica⁹⁵⁵. En relación con la figura estudiada, en ella se manifiestan con más intensidad los problemas de imputación de la conducta del representante al ente titular. Por lo general, la información de la que dispone la persona jurídica sólo puede ser obtenida por mediación de su representante permanente⁹⁵⁶. Lo anterior se comprende porque éste es el único legitimado para asistir a las sesiones del órgano de

⁹⁵⁴ GARCÍA VILLAVERDE, R., “Derecho a la información del socio del administrador (sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del Consejo de administración)”, *CDC*, 10 (1991), pp. 7-30, en concreto, p. 29. FONT GALÁN, J. I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *RdS*, 25 (2005), pp. 71-107, en concreto, p. 102. VELASCO SAN PEDRO, A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid Marcial Pons, 1999, pp. 305-372, en concreto, pp. 329-330. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. T., “Consideraciones sobre el derecho de información de la administración y en particular del consejero”, *RdS*, 12 (1999), pp. 175-193, en concreto, p. 190.

⁹⁵⁵ MAMBRILLA RIVERA, V., “Las concretas manifestaciones del deber general de diligencia de los administradores”, cit., p. 367.

⁹⁵⁶ MUÑOZ PAREDES, J. M., “El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia”, *Diario La Ley*, 7733 (2011), pp. 1-16 [versión electrónica], en concreto, pp. 9/16. *Ibidem.*, *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 192 y nota 204.

administración y ejercer el voto. Sin embargo, los datos podrían ser directamente transmitidos a todos los gestores mediatos (por ejemplo, a los administradores de la persona jurídica), con el fin de garantizar el conocimiento efectivo por parte de su organización, minimizando el riesgo de ignorancia por parte del titular.

Por lo que respecta a la imputación del conocimiento, la información manejada o transmitida al representante se considera conocida por la persona jurídica administrador⁹⁵⁷. En tal medida, no cabría valorar de forma independiente aquella de la que dispone cada uno a efectos de atribuirles faltas de diligencia. Sin embargo, desde una aproximación sustantiva a la cuestión, cabe pensar que los flujos de información entre el representante y el administrador se vean afectados por diversas circunstancias, a saber, la propia operativa del ente gestor. Piénsese en que el representante informara a los miembros del órgano de administración de la persona jurídica sólo con ocasión de sus reuniones y que éstas no coincidieran temporalmente con las sesiones del órgano de la administrada. Cabe imaginar que esta circunstancia sea alegada por el ente titular como excusa a su responsabilidad.

En todo caso, la información recíproca entre la persona natural y su principal será relevante en el ejercicio del mandato. En este contexto, cabe pensar que uno y otro se atengan a los datos proporcionados por la contraparte y pretendan excusar su responsabilidad en la confianza mutua⁹⁵⁸. Al valorar tales alegaciones, convendrá tener presente que, en el ejercicio de su deber y derecho de información, el ente y su representante deben mantener el estándar de diligencia de un ordenado empresario. Aun así, el modelo normativo presupone

⁹⁵⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., pp. 91-92.

⁹⁵⁸ Se trata de un riesgo inherente a la actuación por medio de representante, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, cit., p. 97.

que el representante es el único legitimado formal para ejercitar las prerrogativas materiales y, por consiguiente, cabrá admitir que la persona jurídica confíe en que la información proporcionada por el representante sea verídica y suficiente.

El deber societario de información no ampara un derecho de información de la administrada sobre la esfera de su administradora, con el fin de que le sean comunicadas las circunstancias determinantes para el desempeño del cargo (v. gr., la existencia de conflictos de interés, las políticas generales que condicionen la gestión). En sede de grupos, las prerrogativas de información se reconocen, generalmente, en favor de la entidad dominante, facilitando el cumplimiento de una obligación legal, la elaboración de las cuentas consolidadas (art. 42 Cdc)⁹⁵⁹. En cambio, en el supuesto de que la gestionada sea una compañía subordinada en el grupo, la posibilidad de acceder a aquella información sensible relativa a su administradora podría extraerse del deber de lealtad, referida a las situaciones de conflicto de interés que puedan manifestarse en el seno de la titular del cargo.

IV. DEBER GENERAL DE LEALTAD

En segundo lugar, es necesario valorar los perfiles particulares que presenta el deber de lealtad cuando el titular del cargo es una persona jurídica. Lo anterior se refiere, tanto al parámetro general, como a las específicas obligaciones emanadas de él.

⁹⁵⁹ MUÑOZ PAREDES, J. M^a., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, cit., p. 87. SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, cit., p. 365.

1. Parámetro de la lealtad

Los parámetros de la lealtad en la administración de sociedades de capital por personas jurídicas sugieren algunos problemas de corte dogmático. En primer lugar, el titular es un ente con un objeto y fin propios, a cuyo cumplimiento destina su patrimonio y orienta su actividad. Sin embargo, al aceptar el cargo, la administradora compromete su interés, pues asume la obligación de dar prioridad al propio de la sociedad gestionada. Esta circunstancia deberá ser valorada en el momento de formalizar el vínculo, ya que conllevará la necesidad de recabar una dispensa para realizar ciertas operaciones que, de otro modo, podrían concluirse libremente. Con todo, será habitual que entre administradora y administrada exista una relación de grupo y, por consiguiente, las transacciones quedarán validadas por la prevalencia de un interés común⁹⁶⁰.

El estándar de lealtad del representante se ve afectado por su condición de doble mandatario. Por un lado, su designación depende del ente administrador, de forma que la quiebra de esta relación determinará su cese. Y, a la vez, el artículo 236.5 LSC le exige priorizar el interés de la sociedad administrada, so pena de ser declarado responsable de los daños ocasionados en infracción del deber de lealtad. De este modo, el representante debe ponderar las tensiones entre dos intereses susceptibles de colisionar, minimizando la lesión. Según se

⁹⁶⁰ Por todos, EMBID IRUJO, J. M., *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, cit., p. 54 e *Ibidem.*, “Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015”, *RDM*, 300 (2016), pp. 301-320, en concreto, pp. 311-314. Desde la perspectiva europea, CONAC, P-H. “Directors’ Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”, *ECFR*, 2 (2013), pp. 194-226, en concreto, pp. 205-211.

ha examinado en la sede oportuna, la particularidad esencial de este mandatario radica en que su principal se somete a los mismos deberes fiduciarios frente a la sociedad administrada⁹⁶¹. El simple *interlock* o doble mandatario realiza una ponderación entre dos intereses respecto de los que se sitúa en igualdad de condiciones, por ejemplo, porque es administrador de dos sociedades y a cada una de ellas debe fidelidad, respondiendo de las infracciones de su régimen fiduciario. En cambio, si trasladamos esta consideración a la administración por personas jurídicas, en ese juicio de ponderación, los intereses de la administrada y del ente gestor no se sitúan en pie de igualdad. Al contrario, dado que la persona jurídica debe lealtad a la compañía que administra, su interés puede verse sacrificado en pro del de la sociedad.

Desde luego, que la colisión de intereses se resuelva en el sentido apuntado dependerá de la relación que mantenga la persona física con su mandante. Cabe imaginar que el representante se vea compelido a sacrificar el interés de la administrada antes de perder la confianza de su principal, por ejemplo, si ello determinara la extinción de otra relación jurídica acumulada. En tales supuestos, el representante debería exigir garantías de indemnidad al ente gestor, por las que se le asegurara la subsistencia del vínculo acumulado o la cobertura interna de la responsabilidad derivada del sacrificio del interés de la administrada en pro del de la gestora.

2. Obligaciones derivadas del deber de lealtad

Seguidamente, se analizan las particularidades que se plantean en relación con las específicas obligaciones derivadas del deber de lealtad. A tal efecto, se

⁹⁶¹ La delimitación con respecto a esta figura afín al representante se ha examinado en el Capítulo V, III.8.2.4.A.

propone examinar las particularidades del administrador persona jurídica en relación con los deberes tipificados en el artículo 228 LSC.

2.1. Ejercicio de las facultades con fines adecuados

El artículo 228.a) LSC insta a los administradores a utilizar las prerrogativas de su condición con fines adecuados. Esta obligación nos remite a las distintas aplicaciones del instituto estudiado. Y es que la atribución de facultades gestoras a favor de un ente responde a diferentes fines de política empresarial, a saber, una particular estrategia de grupo, la externalización de la administración social, la cobertura de una situación de interinidad o, simplemente, la obtención de particulares efectos jurídicos que faciliten la vida social. En este contexto, cada manifestación de la figura ante la que nos situemos puede responder a concretos fines y éstos, a su vez, delimitar el deber de lealtad del ente administrador. Por lo que respecta al representante, esta obligación se proyecta sobre él como sobre cualquier administrador que sea una persona física.

2.2. Deber de secreto

El deber de secreto sobre la información sensible obtenida en el desempeño del cargo constituye la única obligación específica sobre la que el legislador tuvo en cuenta las especialidades de la institución examinada. Desde la Ley de Transparencia y hasta la Ley 31/2014, el representante quedaba expresamente sometido a esta obligación, sin perjuicio de la que tuviera de informar a su mandante (ex art. 232.3 LSC). La mención no suponía que el ente quedara

liberado del deber⁹⁶². Con la asimilación introducida en el artículo 236.5 LSC, la referencia expresa a la reserva del representante ha sido suprimida, aunque ello no modifica su régimen. Al eliminarse la cláusula, el texto vigente omite la referencia al deber de informar al ente administrador. En la norma anterior, el uso del subjuntivo sugería que esta obligación se remitía a la relación interna, quedando así fuera del ámbito de la norma societaria. Por consiguiente, su incumplimiento no conlleva la infracción de deberes sociales, sino que deberá ventilarse de conformidad con las normas que ordenen el ámbito de la relación interna. Sin embargo, cierto grado de comunicación entre ambos es necesario para asegurar la correcta ejecución del mandato por parte del titular. Conjugando esta cuestión con las conclusiones extraídas del deber de vigilancia, cabría afirmar que la diligencia que debe desplegar el representante para garantizar el correcto desempeño por parte del titular tiene fundamento en la norma societaria. En cambio, si la persona jurídica fijara otro estándar informativo (por ejemplo, la obligación de consulta de cada operación), esta obligación sólo tendría amparo en la vertiente interna y su infracción no se consideraría una infracción del deber de diligencia.

En la actualidad, el representante es quien está facultado para asistir a las reuniones del órgano en las que se proporcionen los datos sensibles. Por consiguiente, es lógico que quede obligado a guardar secreto sobre ellos⁹⁶³. Sin embargo, el deber de reserva no rige en el ámbito de la relación entre el ente administrador y su representante, por lo que esta cuestión debe conjugarse con

⁹⁶² IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 84. CASTELLANO RAMÍREZ, M^a. J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia”, cit., p. 138.

⁹⁶³ ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Madrid, Civitas, 2006, p. 80. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 1^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 166.

el deber de informar al ente. Y es que la norma societaria no ofrece pautas sobre el modo en que el deber de secreto se proyecta sobre una persona jurídica administradora. La naturaleza colectiva del ente obliga a determinar el concreto alcance del deber de informar y, como contrapeso, la obligación de guardar secreto sobre la información obtenida.

En esta materia, la institución estudiada se desmarca de figuras próximas o asimiladas, a saber, los administradores dominicales y, en general, cualquier titular orgánico designado por un concreto grupo de interés (por ejemplo, los miembros del consejo de vigilancia escogidos por los trabajadores). La diferencia sustancial radica en que, en nuestro caso, el ente ostenta la titularidad del cargo en nombre propio. Este extremo legitima el acceso de su esfera orgánica a la información sensible, posibilidad que se rechaza en las demás figuras mencionadas. De esta forma, los titulares orgánicos vinculados a un concreto núcleo de propiedad deben guardar secreto en su relación con los socios o el grupo de interés por quienes hayan sido designados⁹⁶⁴. Por su parte, el mero *interlock* se somete al deber de secreto en cada sociedad en la que ocupa cargos, sin que quepa excepcionar uno en pro del interés de la otra sociedad administrada⁹⁶⁵. En la administración por persona jurídica, el flujo de información hacia el ente administrador es libre, en la medida en que éste se habrá sometido al estatuto que le otorga tal prerrogativa. Lo anterior puede introducir una ventaja operativa en el grupo, pues legitima el pleno acceso de la administradora a la información sensible de la administrada⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 377-394, en concreto, p. 382.

⁹⁶⁵ HOFFMANN-BECKING, M., “Vorstands-Doppelmandate im Konzern”, cit., p. 1021.

⁹⁶⁶ EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., pp. 148-149.

Sentado lo anterior, quedaría por determinar el concreto alcance del deber de reserva sobre la persona jurídica. Éste actúa como contrapeso a la facultad de información (art. 225.3 LSC), de forma que toda persona autorizada a acceder sensible se someterá al deber de reserva⁹⁶⁷. En cada ente administrador, la organización interna del cargo se desarrollará conforme a determinadas pautas, que el Derecho de sociedades no precisa. Así, corresponderá a la persona jurídica fijar el alcance del deber del representante de informar a su esfera orgánica y, de este modo, quienes tengan acceso a la información sensible, quedarán vinculados por el deber de secreto. Por lo general, cabe pensar que el representante dará cuenta al órgano gestor de la persona jurídica⁹⁶⁸. Aun así, la entidad titular podría exigir que la información se proporcione sólo al presidente o a los consejeros delegados. Por su parte, en la medida en que los socios no se impliquen en la gestión, no se les proporcionarán datos sensibles relativos al cargo de administrador y, consiguientemente, tampoco recaerá sobre ellos el deber de reserva⁹⁶⁹.

La cuestión puede ser regulada en la oportuna sede contractual, por ejemplo, en los estatutos sociales, o, más probablemente, en un acuerdo adicional de

⁹⁶⁷ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 326.

IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, cit., p. 84 proponen un alcance distinto según la naturaleza de la persona jurídica administradora.

⁹⁶⁸ Por su parte, algunos autores han considerado que el acceso a la información se restringe a los representantes orgánicos de la persona jurídica. Así, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 327. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, cit., p. 794. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión subjetiva de los efectos de la calificación culpable del concurso de sociedades administradas por una persona jurídica”, cit., p. 73.

⁹⁶⁹ Excepcionalmente, los socios de control podrían quedar sometidos, siempre que tuvieran relación con la información sensible. MATEU DE ROS CEREZO, R., *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Arazandi, 2004, p. 163 consideraba que la obligación debía también recaer sobre los administradores y socios de control de la persona jurídica.

confidencialidad⁹⁷⁰. Esta última clase de convenios podrían incluirse en el contrato que vincule al ente y su representante, pero también cabe pensar que el contrato de consejero ejecutivo sirva para ordenar esta cuestión. Así, es posible que el ente administrador se dote de disposiciones para ordenar el ejercicio del cargo por su representante, fijando de antemano las personas frente a las que éste debe rendir cuentas sobre la marcha del cargo en la sociedad administradora. Ellas serán quienes se sometan al deber de reserva en la persona jurídica.

Más dudoso es que la propia sociedad administrada tenga potestad para limitar el alcance del deber de información sobre los miembros o gestores de la persona jurídica administradora. En cambio, razones amparadas en la tutela del interés social, pueden aconsejar una reserva especial por parte del representante. En tal sentido, cabe pensar en que uno de los socios de control o administradores de la persona jurídica se encuentre en situación de conflicto de intereses y que, notificado a la sociedad administrada, se inste al representante a guardar reserva de las informaciones relacionadas con determinadas operaciones respecto de las cuales se plantea la controversia. En realidad, la solución técnica correcta en tales casos sería la abstención del representante, de forma que ni siquiera él tuviera acceso a la información sensible respecto de la cual el principal se encontrara en conflicto, en atención a su vinculación con el principal. En todo caso, debe tratarse de un supuesto puntual, ya que la relación fiduciaria representante-administradora sólo puede mantenerse con un flujo normal de información. Por consiguiente, si la situación conflictiva se prorrogara en el tiempo, es probable que nos situáramos ante el supuesto previsto en el artículo 224.1 LSC.

⁹⁷⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2328.

El alcance temporal del deber de secreto plantea algunas particularidades derivadas de la dualidad de sujetos presentes en la vocalía⁹⁷¹. En concreto, el cargo del representante no tiene por qué prolongarse durante la totalidad del mandato del ente, sino que éste puede ser relevado. Por este motivo, será conveniente que se adopten las disposiciones contractuales necesarias sobre el alcance temporal de la obligación de secreto de la persona física.

2.3. Deber de abstención

Los administradores están obligados a abstenerse de participar y ejercer el voto en aquellos asuntos respecto de los cuales ellos mismos o una persona vinculada se encuentren en situación de conflicto de interés (art. 228.c) LSC). La participación en las sesiones del órgano y la emisión del voto corresponden, en exclusiva, al representante. Por ello, éste deberá abstenerse de intervenir en asuntos en los que él mismo se encuentre en situación de conflicto, pero tampoco deberá participar si la controversia afecta al ente administrador. La duda reside en si es posible otorgar la representación sobre otro consejero cuando el conflicto afecte sólo al representante, pero no al ente administrador. De admitirse esta tesis, se evitaría restringir la actuación de la persona jurídica, ya de por sí limitada a una sola persona. Sin embargo, cuando el conflicto afecte en exclusiva al representante, deberá entenderse que se proyecta igualmente sobre su mandante. Además, en la mayoría de ocasiones, la propuesta no podrá

⁹⁷¹ Sobre el particular, ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *RDM*, 275 (2010), pp. 7-73, en particular, pp. 49-58.

prosperar, ya que el representante será, a su vez, persona vinculada al administrador persona jurídica⁹⁷².

2.4. Responsabilidad personal e independencia de instrucciones

El sistema de responsabilidad de los administradores sociales se sustenta ahora expresamente sobre el principio de responsabilidad personal y sobre la independencia de instrucciones de terceros, según expresa el artículo 228 d) LSC. La fórmula, que guarda notables similitudes con el §76 Ab. 1 AktG y con la sección 173 de la *Companies Act* de 2006, indica que el administrador no debe conducirse con arreglo a las directrices de aquellos sujetos que se encuentren en situación de dictarlas, generalmente, un socio o el consejo de vigilancia en los modelos dualistas⁹⁷³. En los ordenamientos que admiten el administrador persona jurídica, la independencia de instrucciones debe ser matizada en relación con el representante permanente, pues esta persona se somete a aquellas instrucciones del titular que sean conformes al interés social. Como resultado, el supuesto de hecho integraría las excepciones subjetivas a la obligación de independencia⁹⁷⁴.

⁹⁷² Se trasladan aquí las conclusiones alcanzadas en relación con las personas vinculadas al administrador persona jurídica, previstas en el artículo 231.2 LSC, entre las que no se incluye al representante. En detalle, véase *infra* en este capítulo, 2.5.1.

⁹⁷³ FLEISCHER, H., “§76 AktG”, cit., p. 1035. SEIBT, “§ 76”, cit., p. 1197.

⁹⁷⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “Anatomía del deber de lealtad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 569-611, en concreto, pp. 588-589, considera esta categoría admisible a la luz del precepto, por oposición a las excepciones objetivas.

2.5. Régimen de los conflictos de interés

El efecto multiplicador que genera el nombramiento de una persona jurídica como administrador se deja sentir en el régimen de conflictos de interés, tipificado en los artículos 229 y 230 LSC. En primer lugar, el supuesto plantea una tensión constante entre el interés de la sociedad administrada y el del ente administrador, que se resuelve a favor de la primera o, en su caso, del grupo en el que ambas se integren. Pero, además, al atribuir el cargo a un ente colectivo, la conducta de las personas encargadas de su gestión y dirección será relevante para conformar la voluntad del ente administrador. En el caso español, el legislador ha ido más allá, tipificando a tales sujetos como personas vinculadas al administrador persona jurídica (art. 231.2 LSC). Por su parte, el régimen de los conflictos de interés es aplicable al representante, como si de un administrador se tratara, por imposición del artículo 236.5 LSC⁹⁷⁵.

2.5.1. Personas vinculadas al administrador persona jurídica

La noción de persona vinculada a los administradores sociales permite definir el conflicto de intereses indirecto. Con esta fórmula se hace referencia a aquéllos que no afectan propiamente al titular orgánico, sino a personas con quienes éste guarda una relación lo suficientemente estrecha para que el

⁹⁷⁵ MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, cit., p. 422. POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 320.

legislador presume que el titular orgánico sacrificará el interés social⁹⁷⁶. Aun así, el incumplimiento a través de persona vinculada exige cierta intervención del administrador o, al menos, una omisión dolosa o negligente de sus deberes⁹⁷⁷. Asimismo, la condición de persona vinculada no conlleva la legitimación pasiva frente a las acciones de responsabilidad⁹⁷⁸. En cuanto a su tipificación, el artículo 231 LSC dedica apartados distintos a los sujetos relacionados con los administradores personas físicas y aquéllos que sean personas jurídicas. En esta materia, se discute si el catálogo es exhaustivo y, por consiguiente, representa un *numerus clausus* o, en cambio, la labor del intérprete puede incluir a otros sujetos⁹⁷⁹. La comprensión literal del precepto

⁹⁷⁶ RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010, pp. 453-454.

⁹⁷⁷ Así, nos posicionamos junto a RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, cit., p. 462. BOLDÓ RODA, M^a. C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia”, *RdS*, 41 (2013), pp. 445-472, en concreto, p. 462 requieren la interposición de la persona vinculada como testafarro. Por su parte, ALCALÁ DÍAZ, M^a. Á., “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, cit., p. 490 considera que no puede afectar a la realización de transacciones por los allegados. Lo anterior entronca con la discusión relativa a la sujeción de las personas vinculadas a los deberes en nombre propio, extremo que descartamos. Como propuesta *de lege ferenda*, GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (arts. 226 a 231 LS)”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Antón Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 665- 696, en concreto, p. 692. En el mismo sentido, DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)”, cit., p. 588. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Madrid, Civitas, 2015, p. 55.

⁹⁷⁸ BOLDÓ RODA, M^a. C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 241-282, en concreto, pp. 229 y 231.

⁹⁷⁹ En el primer sentido, SJM núm. 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2014 (núm. 2) [JUR 2015\102597], rechazando la calificación como personas vinculadas de los administradores designados a propuesta de la dominante. Entre los autores, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, cit., p. 183. VICENT CHULIÁ, F., “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, *RDM*, 280 (2011), pp. 19-43, en concreto, pp. 33-34 y nota 17. CERDÁ MARTÍNEZ PUJALTE, C., “Deber de lealtad y conflictos de interés de los administradores, con especial referencia a los deberes de

favorecería la interposición de personas no formalmente incluidas en el artículo 231 LSC. Por su parte, la relación parece lo suficientemente amplia como para abarcar todos los supuestos relevantes. Con el fin de tomar postura en este debate en referencia al administrador persona jurídica, será necesario indagar en el catálogo legal.

La norma que analizamos fue introducida por la Ley de Transparencia y la relación que recoge no ha sido modificada con ocasión de la Ley 31/2014, esto es, tras la incorporación del artículo 236.5 LSC. En concreto, el apartado segundo del artículo 231 LSC enumera las personas relacionadas con aquellas personas jurídicas que ocupen el cargo de administrador. Desde el punto de vista normativo, no se contempla una categoría de personas vinculadas al representante permanente, sino que se consideran relacionadas con el administrador persona jurídica aquéllas que se entenderían vinculadas al representante si éste fuera un administrador (art. 231.2.d) LSC). En la actualidad, este resultado interpretativo podría alcanzarse a partir del artículo 236.5 LSC, lo que haría prescindible la referencia expresa del apartado 231.2.d) LSC.

Por su parte, la persona física representante no se incluye formalmente en la categoría de personas vinculadas *ex* artículo 231 LSC. En la mayoría de constelaciones, el sujeto merecerá esta calificación en virtud de su condición

las sociedades cotizadas”, GONZÁLEZ CASTILLA, F., MARIMÓN DURÁ, R., RUIZ PERIS, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 41-66, en concreto, p. 54. A favor de una lectura abierta de estas disposiciones, GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (arts. 226 a 231 LS)”, cit., p. 693. EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 *ter*. Deberes de lealtad”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1427-1445, en concreto, p. 1444; EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *RDM*, 281 (2011), pp. 13-45, en concreto, p. 36. PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 56.

de administrador o apoderado del ente gestor (art. 231.2.b) LSC). Además, para ejercitar el cargo, el representante deberá ser beneficiario de un apoderamiento otorgado por su principal, de modo que, si el poder fuera general, nos situaríamos en el supuesto del apartado b) del artículo 231.2 LSC. En cambio, acogiendo una interpretación taxativa de la enumeración, el representante beneficiario de un apoderamiento singular no merecería esta calificación. Frente a estas consideraciones, cabría entender que el representante no necesitara ser calificado como persona vinculada, ya que se somete personalmente al régimen de conflictos de interés.

Pero no se trata de incardinar al representante en esta categoría, sino de determinar si la relación jurídica que mantiene con su principal exige que, en todo caso, las cuestiones que afecten a uno y otro merezcan el mismo tratamiento que las transacciones con partes vinculadas. En otros términos, debe averiguarse si los conflictos que afecten exclusivamente al representante impedirán la intervención del ente administrador, siquiera otorgando su representación a otro consejero. En efecto, la obligación de abstenerse sólo resulta exigible si el conflicto afecta al administrador o a una persona vinculada (art. 228.c) LSC). Por consiguiente, interpretando la norma en su sentido literal, si el representante se encontrara en alguna de las situaciones del artículo 231.2 LSC, el ente podría delegar el voto en otro miembro del órgano e intervenir válidamente en las transacciones que afecten a esta persona. Sin embargo, la tesis anterior debe ser rechazada, considerando que el representante se somete al régimen de conflictos de interés en nombre propio. Ello exige omitir que el legislador ha ignorado la noción de personas vinculadas al representante, al mantener el apartado d) del artículo 231.2 LSC. En tales casos, conviene aplicar el artículo 231.1 LSC, a partir de la remisión contenida en el artículo 236.5 LSC. De este modo, si el ente administrador fuera una entidad controlada por

el representante (art. 231.1 LSC), entonces la persona jurídica debería abstenerse de intervenir en el acuerdo u operación, y tampoco podría hacerlo a través de otro consejero. Un argumento *a fortiori* refuerza la propuesta que sostenemos y es que llamaría la atención que el ente debiera abstenerse de actuar en conflictos que afectaran al cónyuge, los ascendientes o descendientes de su representante (art. 231.1 LSC) y, en cambio, pudiera hacerlo si el conflicto incumbiera a esta concreta persona, apoderada por él mismo.

En otro orden de cosas, si analizamos el contenido del precepto, observamos que el legislador incorpora a quienes denominamos gestores mediatos, esto es, aquellas personas que, por su posición respecto del ente administrador, condicionen de forma significativa su voluntad. Por consiguiente, en virtud del artículo 231.2 LSC, las infracciones del deber de lealtad por parte de los gestores mediatos no constituyen sólo incumplimientos en vía interna, sino que se traducen en infracciones societarias del deber de lealtad por persona vinculada. Con todo, las nociones de “persona vinculada al administrador persona jurídica” y “gestor mediato” no son sinónimas, sino que la primera es más amplia, pues incluye, además, a quienes tengan la consideración de personas vinculadas al representante permanente, por aplicación de las reglas previstas para los administradores que sean personas físicas.

A. Los socios incurso en las situaciones del artículo 42.1 Cdc

Los socios de la persona jurídica que se encuentren, respecto a ella, en alguna de las situaciones del artículo 42 del Código de comercio, reciben la calificación de personas vinculadas al ente gestor, aunque la redacción no es

especialmente clara⁹⁸⁰. La norma se refiere a formas societarias, alcanzando a los miembros, socios o titulares de cuotas de la persona jurídica administrador, aunque debería extenderse a toda entidad, con independencia de su forma⁹⁸¹. Por su parte, como es sabido, las entidades de base patrimonial no son idóneas para colocarse en situación de dependencia con respecto a otra, por lo que la omisión estaría justificada⁹⁸². Además, deben entenderse incluidos tanto los socios que sean personas jurídicas, como las personas naturales. Es probable que el socio de control del administrador persona jurídica seleccione a sus administradores y éstos, a su vez, designen al representante permanente y le impartan las instrucciones pertinentes. En atención a lo anterior, cabe imaginar que el ejercicio del cargo se vea notablemente influido por esta persona vinculada.

B. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales

También son personas vinculadas al ente gestor todos aquellos sujetos que ostenten facultades de dirección de la persona jurídica, incluyendo a sus representantes orgánicos y voluntarios. Generalmente, alguno de ellos ocupará la posición de representante permanente. Entre ellos, los administradores de derecho serán responsables del desenvolvimiento del cargo, quienes reciban la

⁹⁸⁰ Las dudas de la fórmula se reflejan también en RIBAS FERRER, V., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1659-1663, en concreto, p. 1662.

⁹⁸¹ EMBID IRUJO, J. M., “La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 107-135, en concreto, pp.124-125.

⁹⁸² EMBID IRUJO, J. M., “La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos”, *RDM*, 278 (2010), pp. 1373-1400, en concreto, pp. 1384-1385.

información reservada y realicen indicaciones al representante o supervisen su desempeño. Este apartado incluye a los administradores de hecho de la persona jurídica. Sin embargo, generalmente, la calificación de un sujeto como administrador fáctico se realiza en sede jurisdiccional. De este modo, la función preventiva de la norma que analizamos se concreta en una obligación a cargo del ente de exigir que las transacciones con personas que ostenten en él facultades de dirección efectiva recaben la dispensa de la sociedad gestionada. En definitiva, la disposición refuerza la existencia de un deber de vigilancia del ente gestor sobre su propia esfera orgánica, minimizando los conflictos de interés con la compañía.

Esta obligación recaerá también sobre el representante, como responsable solidario (art. 236.5 LSC). El problema se planteará en aquellos casos en los que el representante carezca de medios para controlar a los gestores mediatos, evitando que utilicen la información reservada para aprovechar oportunidades de negocio, hagan valer el nombre de la sociedad o inicien actividades competitivas. Tampoco existen garantías de que las normas que ordenen la titularidad fiduciaria en la persona jurídica administradora obliguen a sus gestores a declarar las situaciones de conflicto con la administrada, permitiendo bloquear la transacción hasta obtener la necesaria dispensa.

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

Reciben el tratamiento de vinculadas las operaciones concluidas con sociedades que formen parte del grupo al que pertenece el administrador persona jurídica, así como sus socios (art. 231.2.c) LSC. La referencia al grupo nos remite al artículo 18 LSC y éste, a su vez, al artículo 42.1 Cdc. Sin embargo, aquí la norma incluye a todas las sociedades pertenecientes al grupo, con

independencia de la posición que el ente gestor ocupe en la superestructura empresarial, ya se trate de la dominante, la dependiente u otras entidades intermedias⁹⁸³. Como en el apartado a) del artículo analizado, la mención a los socios incluye a las personas físicas y jurídicas. Ello permite extrapolar la condición de persona vinculada a todas las entidades del grupo, con independencia de su forma societaria. Al mismo tiempo, la cláusula es independiente del volumen de participación, por lo que se extiende a los socios minoritarios y externos del grupo⁹⁸⁴.

De acuerdo con la disposición, la noción de transacción vinculada se refiere a toda la operativa intragrupo, con mayor intensidad que la disposición análoga para los administradores personas físicas (art. 231.1.d) LSC). En efecto, son personas vinculadas al administrador persona física aquellas sociedades respecto de las cuales el titular ostente una posición de dominio. En contraste, para el administrador persona jurídica, toda entidad integrada en el grupo, así como sus socios, merecen esta condición. El alcance de la norma puede desincentivar el nombramiento de personas jurídicas como administradores en el seno de grupos de empresas. Y es que, ante el riesgo de incurrir en infracciones del deber de lealtad, el administrador persona jurídica se vería en la obligación de desplegar, al menos, cierta vigilancia sobre la actividad de los socios de su grupo, con independencia de la cuota de capital que ostenten y a pesar de la escasa virtualidad tuitiva del interés social. Lo anterior resulta

⁹⁸³ En tal medida, es una previsión más amplia que la mera referencia al artículo 42.1 Cdc, contenida en el artículo 231.1.d) LSC. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (arts. 226 a 231 LS)”, cit., p. 691 criticaba que el concepto fuera más amplio en relación con personas jurídicas que con respecto a las personas físicas. Sin embargo, en su ejemplificación, el autor se refería a los administradores de hecho. En nuestra opinión, esta opción, no recogida en la norma, sólo podría referirse a los gestores mediatos de las sociedades controladas por la persona natural.

⁹⁸⁴ RIBAS FERRER, V., “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, cit., p. 1663.

insostenible en determinadas constelaciones, por ejemplo, en el caso de que una de las sociedades del grupo estuviera abierta al mercado de capitales. En tales contextos resulta impensable imputar deslealtad al ente o a su representante como consecuencia de la actividad desplegada por socios externos (piénsese en el capital flotante o en otra clase de socios con participación nimia). De aplicarse en sus estrictos términos, la *vis expansiva* de la norma favorecería los falsos positivos en materia de lealtad⁹⁸⁵. Cabe pensar que, por lo general, se tratará de operaciones de escasa relevancia o realizadas en condiciones de mercado (art. 229.1 LSC), que no planteen riesgo para el interés social, ya que tales personas vinculadas carecerán de poder de negociación o de influencia en la gestión. En estos casos, deberá desecharse la deslealtad y puede suponerse que ni siquiera quepa argüir la mínima negligencia del administrador⁹⁸⁶. En cualquier caso, parece aconsejable que los socios del grupo estén informados de las especialidades del deber de lealtad, en el caso de que alguna de sus entidades se coloque como administradora de una sociedad⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ La norma expansiva del alcance de la deslealtad, DAVIS, K. B. JR., “Judicial Review of Fiduciary Decision making. Some Theoretical Perspectives”, *Nw. U. L. Rev.*, 1 (1985), pp. 1-99, en concreto, p. 21. COOTER, R., FREEDMAN, B. J., “Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences”, *N.Y.U. L. Rev.*, 66 (1991), pp. 1045-1076, en concreto, p. 1070. ENRIQUES, L., “Il conflitto d’interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario”, cit., p. 511. Mantuvimos esta aproximación en relación con el régimen español vigente en DEL VAL TALENS, P., “Los *falsos positivos* en el deber de lealtad de los administradores o demandar a la sociedad como conflicto de interés”, *RJN*, 99 (2016), pp. 607-624, en concreto, pp. 610-611.

⁹⁸⁶ Denunciando el exceso, EMBID IRUJO, J. M., “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, *CDC*, 46 (2006), pp. 9-48, en concreto, pp. 44-46, propone matizar o excluir la aplicación de la norma.

⁹⁸⁷ El tratamiento exhaustivo de los conflictos de interés en sede de grupos excede del objeto del estudio, más allá de constatar que *de lege data*, la operativa intragrupo quedará limitada cuando uno de sus miembros se coloque en la titularidad orgánica de alguna de las sociedades integrantes. Por lo demás, remitimos la cuestión a EMBID IRUJO, J. M., “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, cit. p. 966. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Competencia entre la sociedad y sus directivos”, *RdS*, 18 (2002), pp. 24- 44, en concreto, p.

D. Las personas que tengan la consideración de vinculadas a los administradores respecto del representante

Las personas enumeradas en el apartado d) del artículo 231.2 LSC se consideran personas vinculadas al ente administrador. Éstas serán quienes tengan la consideración de vinculadas a la persona física representante *ex* artículo 231.1 LSC. Se trata de trasladar los criterios que se utilizan cuando el gestor es una persona física a la persona natural que actúa en nombre de un ente. En sus tres primeros apartados, el precepto recoge relaciones familiares, a saber, cónyuges, ascendientes y descendientes, así como personas emparentadas con los anteriores. Sin embargo, es probable que el ente administrador ignore la existencia de tales lazos afectivos o familiares. Por su parte, la letra d) del artículo 231.1 LSC considera vinculadas al administrador persona jurídica aquellas sociedades en las que su representante ostente el control⁹⁸⁸. El resultado de la ausencia de una categoría normativa autónoma de “persona vinculada al representante” es que personas carentes de cualquier relación jurídica con el titular del cargo se consideran vinculadas a él. De esta forma, la persona jurídica podría ser llamado a responder por las infracciones del deber de lealtad en las que se incurra a través de la conducta de estas personas. Ante la dificultad de instaurar un sistema de supervisión que afecte a estos sujetos, sería aconsejable que, al ordenar la vertiente interna, el ente

29. VICENT CHULIÀ, F., “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, cit., pp. 33-37. DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital)”, cit., p. 590. MONTALENTI, P., “Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi”, *Giur. comm.*, 5 (1995), pp. 710-736, especialmente, Mg. 8-9.

⁹⁸⁸ En cambio, quedan excluidos los administradores de las sociedades en que un administrador persona física ostente el control. Así lo constata BOLDÓ RODA, M^a. C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, cit., p. 271.

hiciera recaer sobre el representante la responsabilidad asociada a esta constelación. *De lege data*, la persona jurídica no podrá intervenir en las operaciones que afecten a estas personas, ni a través de su representante, directamente vinculado a ellas, ni otorgando la representación en favor de un tercero. Este resultado interpretativo constituye un argumento adicional en favor de una categoría autónoma de personas vinculadas al representante.

2.5.2. Aspectos procedimentales: notificación, abstención y dispensa

El representante debe notificar al órgano de administración el conflicto de interés que recaiga en la persona del titular, en sí mismo o en cualquiera de las personas vinculadas al administrador persona jurídica (art. 229.2 LSC). En este punto, la formulación de los conflictos de interés sugiere múltiples escenarios en los que el administrador ignore la existencia del conflicto (piénsese en que concurra en un socio minoritario de una de las sociedades dependientes del grupo). En esta hipótesis, el riesgo objetivo de lesión al interés social es, en realidad, el propio del mercado en el que la sociedad desarrolle su actividad y, a menudo, el beneficio personal que obtenga el representante o el administrador persona jurídica será nulo.

En cuanto a la autorización, el representante deberá abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos cuandoquiera que la operación o acto objeto de dispensa se refiera a un conflicto de interés que le afecte personalmente, a la persona jurídica o alguna de las personas mencionadas en el artículo 231.2 LSC.

2.5.3. Obligaciones específicas en materia de conflictos de interés

El artículo 229.1 LSC contiene una relación de obligaciones específicas, emanadas de la cláusula general, contenida en el apartado e) del artículo anterior. Todas ellas son exigibles al ente titular y a su representante, pero también afectan a las personas vinculadas al ente gestor, de conformidad con el artículo 231.2 LSC.

A. La realización de transacciones con la sociedad. Referencia a la asistencia financiera

Administrador persona jurídica y representante deben abstenerse de realizar, con la sociedad administrada, aquellas transacciones no cubiertas por el artículo 229.1.a) LSC. Se trata de operaciones ordinarias, realizadas en condiciones de mercado, escasamente relevantes para reflejar la imagen fiel del patrimonio. Las operaciones sometidas al régimen de lealtad podrán ser objeto de dispensa por el órgano de administración de la sociedad gestionada, siempre que su valor sea, como máximo, del diez por ciento de los activos. En otro caso, la dispensa corresponderá a la Junta general (art. 230.2.II LSC). Si la operación consistiera en la anticipación de fondos, la concesión de créditos, préstamos, garantías o cualquier forma de asistencia financiera en la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 162.1 LSC exige la autorización de la Junta general, coincidiendo con el artículo 230.2.II LSC, que atribuye a los socios la competencia para otorgar la dispensa al administrador. En la sociedad anónima, en ausencia de norma especial, la obligación de abstenerse de realizar

operaciones de prestación de asistencia financiera podrá ser dispensada por el órgano de administración (art. 230.2.III LSC)⁹⁸⁹.

En esta materia, la legislación patria no diferencia según si el administrador fuera o no una persona jurídica. El régimen contrasta con el propio del *Code de commerce*, en el que la prohibición de tomar cantidades a préstamo, hacerse saldar deudas o beneficiarse de la prestación de garantías por parte de la sociedad resulta inaplicable a los administradores personas jurídicas (art. L.225-43 *Ccomm*). Consciente de que la institución que estudiamos aparece en supuestos de grupo, la excepción evitaría restringir la operativa interna de la estructura empresarial. En realidad, la disposición va en la línea marcada por el artículo L.225-39 *Ccomm*, que excluye la aplicación de las normas sobre conflictos de interés a las operaciones vinculadas, concluidas entre dos sociedades, siempre que una detente, directa o indirectamente, la totalidad del capital de la otra (art. L.225-39 *Ccomm*). Por su parte, las operaciones favorables a su representante quedan plenamente sometidas al régimen general (art. L. 225-43.II *Ccomm*).

En el Derecho español, la excepción para los grupos de empresas se contiene en el artículo 162.2 LSC. El precepto exige de la obligación de recabar el acuerdo de la Junta general para la concesión de préstamos, garantías y asistencia financiera, en general. En contraste con el artículo L.225-39 *Ccomm*, el supuesto de hecho no se circunscribe a las sociedades íntegramente participadas, sino que basta la pertenencia de las intervinientes al mismo grupo *ex* artículos 18 LSC y 42 Cdc. Sin embargo, la excepción no será eficaz cuando la entidad del grupo se coloque como administradora de la sociedad, pues

⁹⁸⁹ ÁVILA DE LA TORRE, A., “Artículo 161. Concesión de créditos y garantías a socios y administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1218-1221, en concreto, pp. 1219 y 1221.

deberán aplicarse los artículos 229.1.a) y 230 LSC, decayendo el efecto simplificador del artículo 162.2 LSC. Asimismo, todas las entidades del grupo se verán afectadas por las anteriores normas, en calidad de personas vinculadas al ente administrador. De nuevo, la norma desincentiva la utilización de la figura, restringiendo la operativa financiera intragrupo.

B. La utilización del nombre de la sociedad y de los activos sociales. Aprovechamiento de oportunidades de negocio.

Las concretas manifestaciones del deber de lealtad contenidas en los apartados b), c) y d) del artículo 229 LSC no introducen especialidades relevantes al supuesto analizado. El ente administrador y su representante no podrán invocar el nombre de la sociedad o su cargo para concluir operaciones privadas ni utilizar recursos sociales, incluida la información confidencial en su provecho personal. La prohibición de utilizar el nombre de la sociedad debe ser interpretada teniendo presente la posibilidad de que administradora y administrada formen parte de un grupo. En tales casos, la utilización de distintivos que indiquen la pertenencia de ambas sociedades al grupo no constituirá una infracción del deber de lealtad⁹⁹⁰. Por su parte, el uso de información confidencial con fines privados (art. 22.1.c) LSC) por parte del elenco de personas vinculadas puede limitarse restringiendo *ex ante* el acceso a la información sensible en la organización del ente gestor.

⁹⁹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 291-3 APLCM incluía entre las presunciones de control que la sociedad hiciera constar la pertenencia a un grupo, en la documentación o en cualquier clase de publicidad, por lo que debe considerarse un uso legítimo del nombre de las sociedades. Véase, EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *RDM*, 290 (2013), pp. 53-68, en concreto, p. 60.

C. Obtención de ventajas y remuneraciones externas

La prohibición para los administradores de percibir ventajas o remuneraciones externas no incluye la retribución que, en su caso, la persona jurídica abone a la persona física en el ejercicio del cargo⁹⁹¹. Tampoco debe restringir el desarrollo normal del objeto social del ente administrador, en el caso de que éste posea una actividad operativa propia, distinta de la administración de la sociedad. Los ingresos que genere la actividad de la persona jurídica o, en su caso, el recurso a la financiación externa, no debe identificarse con el supuesto de la letra e) del artículo 229.1 LSC.

La dispensa para que el administrador o su representante puedan percibir emolumentos de terceros requiere el acuerdo expreso la Junta general (art. 230.2.II LSC). Cuando la ley exige el otorgamiento de autorización, el hecho de que la sociedad haya adoptado con carácter previo un acuerdo en el que concurren los requisitos sustantivos y procedimentales propios de la dispensa (que haya sido adoptado por el órgano competente y con la mayoría exigida) no equivale a una convalidación del efecto limitado por la norma. De este modo, no cabe identificar un previo acuerdo del órgano competente con una dispensa implícita⁹⁹². En tal sentido, el nombramiento de un administrador persona jurídica no equivale a una dispensa de las obligaciones derivadas del

⁹⁹¹ En el mismo sentido, JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 397-412, en concreto, pp. 404-405.

⁹⁹² En referencia a los supuestos en que la ley exige el voto separado por materias, YANES YANES, P., “La votación separada por asuntos”, *RDM*, 299 (2015), pp. 33-80, en concreto, p. 57.

deber de lealtad, sino a la asunción por parte de la administrada de los efectos y rasgos propios de la institución. Así, la compañía gestionada deberá tener en cuenta la posibilidad de que el ente administrador mantenga su actividad operativa y el hecho de que el representante podría obtener emolumentos del ente administrador, bien por el ejercicio del cargo, bien con base en una relación acumulada.

D. Prohibición de competencia

Como las demás manifestaciones del deber de lealtad, la prohibición de desarrollar actividades que entrañen una competencia efectiva con la sociedad (art. 229.1.f) LSC) recae sobre el ente titular, su representante y afecta también a las personas vinculadas al administrador persona jurídica *ex* artículo 231.2. LSC⁹⁹³. Para determinar si existe infracción de esta obligación por parte del titular, los autores indican que deberá atenderse al objeto de la persona jurídica⁹⁹⁴. Según esta tesis, éste no podrá incluir actividades que entrañen una

⁹⁹³ Por lo que respecta a la proyección de la prohibición de competencia sobre los dos principales sujetos, por lo general, la doctrina patria está de acuerdo en que, tanto la persona jurídica, como el representante, quedan plenamente sometidos a ella. Así, BOLDÓ RODA, M^a. C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, cit., p. 261. Ya antes de la Ley 31/2014, ante el riesgo de elusión de la norma mediante el nombramiento de un administrador persona jurídica, se decantaba por esta opción la SAP Alicante (Sección 8^a), de 30 de abril de 2014 (núm. 93) [JUR 2014\190171], FD 2. GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, cit., p. 778. GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, p. 138. Por su parte, la prohibición de competencia no vincula a los gestores mediatos en el ordenamiento alemán. Así, BGH Urt. v. 9.03.2009 = DnotZ 2009, 766-780. En cambio, entre los autores, se ha considerado que debe alcanzar al socio de control del ente administrador, suponiendo que sea una persona jurídica en cuya base se identifiquen socios, miembros o titulares de cuotas. Así, BACHMANN, G., “§283 AktG”, cit., p. 1161.

⁹⁹⁴ JUSTE MENCIA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 142. HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 315.

competencia efectiva con la actividad desarrollada por la sociedad administrada. A fin de tomar postura sobre esta cuestión, conviene distinguir dos constelaciones. Por una parte, la existencia de una relación de competencia efectiva será valorada con ocasión del nombramiento del ente. De otro lado, es posible que tales actividades se inicien de forma sobrevenida.

En el momento del nombramiento de una persona jurídica como administrador, la sociedad administrada debe valorar si la actividad de la candidata a ocupar un puesto en su órgano entraña una competencia efectiva con la que ella misma desarrolla⁹⁹⁵. Por lo general, existirán previos vínculos entre ambas o pertenecerán al mismo grupo, por lo que cabe pensar que las materias consignadas en sus respectivos objetos se inscriban en el mismo sector de actividad⁹⁹⁶. Aun así, parece más probable que tengan carácter complementario o que la administradora desarrolle su objeto de forma indirecta, como *holding* de la administrada⁹⁹⁷. Como en el caso de la prohibición de obtener ventajas o remuneraciones, el acuerdo de nombramiento de la persona jurídica como administrador no equivale a una dispensa implícita de la prohibición de competencia⁹⁹⁸. Tan sólo indica que, de acuerdo con la sociedad administrada, bien no existe competencia efectiva, bien, de existir, queda amparada por el interés del grupo.

⁹⁹⁵ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, cit., p. 778.

⁹⁹⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Competencia entre la sociedad y sus directivos”, cit., p. 29 se decantaba por excluir la aplicación la prohibición de competencia en el grupo.

⁹⁹⁷ Admite el ejercicio de actividades complementarias por parte del administrador, GALLEGU LARRUBIA, J., “Algunas cuestiones en torno a la prohibición de competencia de los administradores de la sociedad limitada (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [sección 28ª] de 24 de enero de 2014)”, *RDM*, 294 (2014), pp. 643-670, en concreto, p. 657.

⁹⁹⁸ YANES YANES, P., “La votación separada por asuntos”, cit., p. 57. Parece mostrarse contraria a esta tesis MORATA ESCALONA, M^a. P., “La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada”, *RdS*, 15 (2000), pp. 119-158, en concreto, p. 143.

En el caso de que las actividades concurrenciales se inicien con posterioridad al nombramiento, resultan aplicables las normas generales⁹⁹⁹. La prohibición podrá ser dispensada por la Junta general, siempre que concurren los requisitos del artículo 230.3 LSC. A falta de autorización, el ente administrador incurrirá en una infracción del deber de lealtad. Por regla general, una persona jurídica no podrá administrar varias sociedades entre las que exista relación de competencia, quedando a salvo los supuestos de pertenencia al mismo grupo¹⁰⁰⁰.

La prohibición recae también sobre la persona física representante. Sin embargo, cabe imaginar que las actividades concurrenciales se realicen al margen de la persona jurídica administradora y sin su conocimiento. Con ello, aparece una nueva gama de infracciones del deber de lealtad, aquéllas que tengan naturaleza autónoma, por afectar sólo a uno de los sujetos (el ente administrador o su representante)¹⁰⁰¹. En tanto ambos sujetos son solidariamente responsables y uno actúa en nombre del otro, la imputación de las infracciones autónomas planteará algunas dificultades. En la jurisprudencia, la cuestión se ha resuelto declarando la responsabilidad del representante por infracción de la prohibición de competencia a través de una sociedad

⁹⁹⁹ MORATA ESCALONA, M^a. P., “La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada”, cit., p. 136.

¹⁰⁰⁰ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 316.

¹⁰⁰¹ En relación con la figura que nos ocupa, han sido sugeridos por QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 250. JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, cit., p. 462. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 75. MORATA ESCALONA, M^a. P., “La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada”, cit., p. 136. En la doctrina francesa, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 561.

constituida por él mismo¹⁰⁰². En este contexto, se plantea si esta conducta del representante resulta imputable al ente administrador, justificando su responsabilidad y cese en el cargo. Lo anterior debe resolverse acudiendo a la categoría de incumplimientos fiduciarios autónomos, esto es, aquéllos en los que sólo intervenga uno de los dos sujetos, con el desconocimiento del otro, y siempre que la ignorancia no revele una infracción de sus deberes como administrador¹⁰⁰³. Como en otras materias, tanto el contrato concluido entre el ente y el representante, como el contrato de gestión, podrían concretar el alcance de la prohibición, teniendo presente, en todo caso, el carácter imperativo del deber de lealtad (art. 230.1 LSC)¹⁰⁰⁴.

V. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

En la Ley de Sociedades de Capital, el régimen particular de responsabilidad del administrador persona jurídica y su representante se apoya en una sola norma positiva, el artículo 236.5 LSC, en el que se establece la solidaridad entre ambos sujetos. La disposición se inserta en el régimen general de responsabilidad, previsto en los artículos 236 a 241 *bis* LSC. Con el fin de indagar en esta materia, se propone profundizar en las particularidades de la solidaridad que incumbe al ente administrador y a la persona física que lo

¹⁰⁰² SAP Alicante (Sección 8ª), de 30 de abril de 2014 (núm. 93) [JUR 2014\190171]. En aquella ocasión, una sociedad de responsabilidad limitada era administrada por otra del mismo tipo. La administradora designó como representante a su socio mayoritario. Este último constituyó dos sociedades de objeto próximo a la administrada, una de las cuales compartía domicilio social con la sociedad gestora. En atención a los hechos, un socio de la administrada instó el cese de la S.L. *ex* artículo 230.3.II LSC.

¹⁰⁰³ Sobre esta categoría, véase *infra*, en este capítulo, 1.5.

¹⁰⁰⁴ Desde el Derecho alemán de sociedades comanditarias por acciones, IHRIG, H-C., SCHLITT, M., “Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ vom 24.2.1997 - organisationsrechtliche Folgerungen”, cit., p. 49.

representa, para después establecer sus implicaciones y relaciones con las demás disposiciones relativas a esta materia.

1. La responsabilidad solidaria del administrador persona jurídica y su representante

A partir de la Ley 31/2014, el Derecho español de sociedades de capital se alinea con los ordenamientos comparados, francés y belga, incorporando la regla que somete al representante permanente a responsabilidad solidaria con la persona jurídica en cuyo nombre actúa. En este contexto, procede valorar el fundamento de esta norma, tanto desde la perspectiva de los fines que le corresponden, como en su concepción dogmática. Sólo así puede explorarse el significado que merece el artículo 236.5 LSC y sus implicaciones en relación con el instituto estudiado.

1.1. Justificación teleológica

La *Loi n. 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, por la que se introdujo al representante permanente en el Derecho societario francés, estableció que esta persona se sometería a los deberes y responsabilidades propios de los administradores, *sin perjuicio* de la responsabilidad que correspondería a la persona jurídica por su condición de administrador. En realidad, la consabida expresión sólo pretendía reafirmar que la sujeción del

representante a este régimen no comportaba la exoneración del titular¹⁰⁰⁵. La norma, que se encuentra hoy en el artículo 236.5 LSC, posee la finalidad propia de todo régimen de solidaridad pasiva, a saber, reforzar la garantía de los acreedores, en este caso, los terceros que se relacionan con la sociedad administrada por una persona jurídica y, en particular, de cualquier legitimado activo de las acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales¹⁰⁰⁶. El incremento de la tutela de los posibles perjudicados por la actuación del administrador funciona como contrapeso a ciertos riesgos asociados con el empleo de la institución. Por otro lado, la solidaridad es también la regla general de responsabilidad de los administradores sociales, consagrada en el artículo 237 LSC. Su propósito es incentivar la correcta gestión, reduciendo el esfuerzo probatorio para los terceros que ignoran las circunstancias que rodean la toma de decisiones en el órgano¹⁰⁰⁷.

Sin embargo, la duda reside en el valor de la cláusula que, de un lado, somete al representante a los deberes propios de los administradores y, además,

¹⁰⁰⁵ LE CANNU, P., “Cass. Com., 2/12/1986, Dreux c/ Gourdain”, *Bull. Joly Soc.*, 12 (1986), p. 1131.

¹⁰⁰⁶ CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 1137 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 117-120, en concreto, p. 118. SOTO NIETO, F., “Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva”, *RDP*, 64 (1980), pp. 782-806, en concreto, pp. 799-801. GIRÓN TENA, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español”, *ADC*, 12-2 (1959), pp. 419-450, en concreto, p. 432. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 112-113. ALONSO UREBA, A., “Diferenciación de funciones (supervisión y dirección)...”, cit., pp. 60 y 65. En relación con la administración societaria por personas jurídicas, EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 148. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 29.

¹⁰⁰⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., pp. 308-309 y 315. Considera que el artículo 235.6 LSC cumple una función facilitadora de la prueba, GRIMALDOS GARCÍA, M^a. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237...”, cit., p. 328.

establece que esta persona responderá solidariamente *con* el titular del cargo, lo que requiere analizar su justificación dogmática y sus caracteres.

1.2. Justificación dogmática

La claridad del fundamento teleológico de la solidaridad pasiva que analizamos contrasta con la laxitud de su sustento dogmático. En efecto, el artículo 236.5 LSC somete a un representante, un sujeto apoderado por una persona jurídica para ejercitar funciones de administrador, a la responsabilidad que corresponde a su principal. La solución contrasta con la regla general propia del mandato, contenida en el artículo 1725 C.C., pues la vinculación personal del mandatario es excepcional y sólo se produce en supuestos en los que éste se obliga expresamente o traspasa los límites del contrato¹⁰⁰⁸. Teóricamente, si la responsabilidad se deriva de actos u omisiones contrarios a la ley y por ellas responden solidariamente ambos sujetos, la solución también se distanciaría de la propia del artículo 259 CdC, de acuerdo con el cual, el comisionista debe respetar las leyes, siendo exclusivo responsable de su contravención¹⁰⁰⁹. Sin embargo, de interpretarse el artículo 236.5 LSC en este

¹⁰⁰⁸ HERNÁNDEZ MORENO, A., “Artículo 1725 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1532-1564, en particular, p. 1563. LE CANNU, P., “Cass. Com., 2/12/1986, Dreux c/ Gourdain”, cit., p. 1131.

¹⁰⁰⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, cit., p. 2330. En la misma línea, MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, cit., p. 1382 afirma que el ente gestor no puede oponer el artículo 259 Cdc con eficacia exoneratoria.

sentido, se negaría la posibilidad de que cada uno resulte responsable de sus propias faltas, en supuestos en los que el otro no concurre en el acto u omisión. En la misma línea, la solidaridad pasiva tampoco es la solución propia del *interlocking*, de forma que las sociedades gestionadas por un doble mandatario no son recíprocamente responsables por las infracciones del gestor común¹⁰¹⁰. Al proyectarse sobre el ente administrador, la responsabilidad derivada del cargo recaerá sobre su propio patrimonio. No obstante, el reparto interno de la cuota se realizará de conformidad con las normas que rijan su funcionamiento, según las particularidades aplicables a cada ente administrador¹⁰¹¹.

Por otra parte, 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 representa¹⁰¹². En esta materia, la existencia de dos reglas de solidaridad, en los artículos 237 y 236.5 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.

1.3. Caracterización: *ius electionis*, *ius variandi* y ausencia de litisconsorcio pasivo necesario

¹⁰¹⁰ HOFFMANN-BECKING, M., “Vorstands-Doppelmandate im Konzern”, cit., p. 577.

¹⁰¹¹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., HUERTA VIESCA, M^a. I., *La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1995, p. 50.

¹⁰¹² CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores: excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, Edersa, 1980, p. 51. Desde el punto de vista de la solidaridad activa y con apoyo en el artículo 1141 C.C., BALLARÍN MARCIAL, A., “Titularidad solidaria”, *AAMN*, 13 (1962), pp. 167-223, en concreto, pp. 192-193.

La solidaridad instaurada en el artículo 236.5 LSC debe poder ser incardinada en las categorías propias de las obligaciones solidarias del Derecho común. En primer lugar, representante y administrador se someten por ley a responsabilidad frente a la sociedad, los socios y acreedores, lo que nos sitúa ante un régimen de solidaridad legal pasiva¹⁰¹³. Asimismo, puede calificarse como solidaridad no uniforme, dado que los responsables solidarios aparecen vinculados a uno de los posibles acreedores (la sociedad) por vínculos de diferente naturaleza¹⁰¹⁴. Por otra parte, la solidaridad prevista por el artículo 236.5 LSC constituye una norma imperativa, que no cabe derogar ni modular con efectos frente a terceros¹⁰¹⁵.

Los legitimados activos de las acciones de responsabilidad frente a los administradores gozarán del *ius electionis*, por lo que podrán dirigirse, bien frente al ente gestor, bien frente al representante, bien demandar a ambos conjuntamente (art. 1144 C.C.)¹⁰¹⁶. Por regla general, la solidaridad pasiva no conlleva un litisconsorcio pasivo necesario¹⁰¹⁷. Siguiendo la regla general,

¹⁰¹³ Expresamente, Cour de Cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 1986, 85-11307.

¹⁰¹⁴ CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 1140 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 125-127, en especial, p. 125. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, Madrid, Civitas, 2008, p. 236.

¹⁰¹⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 1137 C.C.”, cit., p. 118.

¹⁰¹⁶ En relación con la figura, adoptan esta postura EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, cit., p. 148. SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 613-632, en concreto, p. 628.

¹⁰¹⁷ En referencia expresa al instituto, SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)”, cit., p. 628 excluye el litisconsorcio pasivo necesario. En sede general, CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad*

tampoco el artículo 236.5 LSC instituye un litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo, resultará conveniente ejercitar la acción correspondiente frente a ambos, ante la necesidad de indagar en su contribución al ilícito¹⁰¹⁸. Por su parte, el *ius variandi* permitirá reclamar frente a cualquiera de ellos hasta que la deuda resulte cobrada por completo¹⁰¹⁹. Finalmente, la insolvencia de uno de los codeudores será suplida por el otro (art. 1145 CC).

1.4. Significado y alcance

El tenor del artículo 236.5 LSC es ligeramente distinto del empleado por los artículos 61.2 Cds y L.225-20 *Ccomm*. En él se afirma que el representante responde solidariamente con la persona jurídica, mientras que las normas

de deudores: excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva, cit., pp. 10-11; MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., “Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva”, *RGD*, 562 (1991), pp. 5745-5777, en concreto, pp. 5749-5750, considera que no es inherente a la solidaridad pasiva, si bien favorece la tutela de los responsables solidarios a través del principio de audiencia (p. 5752). BADOSA COLL, F., “Los fundamentos civiles del litisconsorcio pasivo necesario”, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Madrid/Murcia, Colegio Nacional de Registradores de España/Universidad de Murcia, 2004, pp. 439-460, en concreto, p. 447. MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., “Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva”, *RGD*, 562 (1991), pp. 5745-5777. En Francia, la disposición que analizamos sólo fue acogida como un litisconsorcio pasivo necesario en Cour d’appel de Paris, 15 février 1990, 88-2307, pero se trata de un planteamiento excepcional. En este sentido, la *Cour de Cassation* admite la declaración de responsabilidad del representante persona física sin necesidad de que el ente haya sido llamado al proceso. Así, Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 novembre 2013, 12-16.099; entre los autores, DONDERO, B., “La responsabilité du représentant de la personne morale dirigeante d’une société”, cit., p. 456.

¹⁰¹⁸ Matizando esta interpretación, al hilo de la responsabilidad del auditor, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Repensando el litisconsorcio pasivo necesario. (Al hilo de la responsabilidad civil *proporcional* de los auditores)”, *RAD*, 5 (2015), pp. 165-178 [versión electrónica], en concreto, p. 13/14, proponía imponer el litisconsorcio pasivo necesario a los supuestos de responsabilidad legal o extracontractual.

¹⁰¹⁹ POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, cit., p. 318.

comparadas establecen que el representante se somete a los deberes propios del cargo de administrador “sin perjuicio de la responsabilidad solidaria” del ente. En el caso español, se omite la sujeción expresa a la responsabilidad en nombre propio y, en cambio, se utiliza la conjunción con. Desde una perspectiva de política jurídica, no existen razones que indiquen que el legislador ideara un modelo diferente al conocido por los ordenamientos comparados, por lo que la diferente formulación carece de implicaciones sustantivas¹⁰²⁰. Más bien parece que se trataba de evitar el empleo de la expresión “sin perjuicio”, manteniendo, por lo demás, la plena sujeción del representante a los deberes y responsabilidades adscritos a la titularidad orgánica. Sentada esta cuestión, es necesario determinar el concreto significado que merece la cláusula que analizamos.

1.4.1. Solidaridad con independencia de la estructura del órgano

La solidaridad pasiva tiene como presupuesto esencial la pluralidad de deudores. En materia de responsabilidad de los administradores sociales,

¹⁰²⁰ Por ello, disentimos de la argumentación sostenida en HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión subjetiva de los efectos de la calificación culpable del concurso de sociedades administradas por una persona jurídica”, cit., p. 85, en el sentido de que el sistema implantado por la Ley 31/2014 se distancie del propio del modelo comparado. La autora considera que la norma española no contiene una sujeción autónoma del representante a responsabilidad y que ésta es, en todo caso, solidaria con la de su mandante. El argumento literal serviría para desechar la responsabilidad individual del representante por incumplimientos autónomos. Siguiendo la postura que patrocinamos, como una auténtica extensión del estatuto jurídico, PINO SÁNCHEZ, A., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores sociales”, ARIAS VARONA, F. J., RECALDE CASTELLS, A. (coords.), *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 117-122, en concreto, p. 122. Antes de la reforma, como propuesta *de lege ferenda*, la extensión plena del estatuto de los administradores al representante fue propugnada en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 2007, p. 43.

también la solidaridad o, si se prefiere, la presunción de culpa colectiva *ex artículo 237 LSC*, tiene como presupuesto un órgano de administración pluripersonal¹⁰²¹. Por consiguiente, la solidaridad del artículo 237 LSC no resultará aplicable al supuesto de administrador único¹⁰²². En este contexto, en ausencia de una previsión específica, la regla general no se extendería al supuesto de hecho, pues tampoco es la solución propia del mandato o de la comisión. De este modo, la solidaridad del artículo 236.5 LSC es transversal, en el sentido de que operará en todas las formas de organizar la administración y con independencia del cargo que asuma la persona jurídica y que ejercite a través de su representante. En otros términos, el precepto examinado extiende la solución propia de los administradores sociales al concreto supuesto de hecho. Si se admite lo anterior, se aceptará que el legislador extrapola la

¹⁰²¹ Califican el artículo 237 LSC como una presunción de culpa colectiva, POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., p. 300; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., GARCÍA-PITA PEMÁN, D., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, AA.VV., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 1-56, en concreto, p. 22. SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 330. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 1ª ed., cit., p. 240. ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, cit., p. 38. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1700-1707, en concreto, p. 1701 se refiere a este supuesto como uno de solidaridad colateral.

¹⁰²² GARCÍA VILLAVERDE, R., “Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 1321-1351, en particular, pp. 1332-1333. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 251. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad”, cit., pp. 1700-1701. ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, 198 (1990), pp. 639-728, en concreto, p. 692. ARROYO MARTÍNEZ, I., “Artículo 133. Responsabilidad”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1516-1544, en concreto, p. 1522.

presunción de culpa colectiva propia de la actuación de los gestores al administrador persona jurídica. Esta tesis ofrece una pauta interpretativa en relación con la posibilidad de individualizar la culpa en la concreta acción u omisión lesiva.

1.4.2. Responsabilidad personal e individualización de culpas

La principal dificultad del régimen de solidaridad consagrado en el artículo 236.5 LSC es su coordinación con el principio de responsabilidad personal y la necesidad de individualizar la culpa de cada administrador. Se trata de que el titular orgánico es personal e individualmente responsable de sus propias faltas de lealtad o diligencia, sean de naturaleza activa u omisiva¹⁰²³. Cuando el administrador es una persona jurídica, la ley dispone que su representante responde con él de forma solidaria, lo que permite dudar sobre si, con ello, se está excluyendo la posibilidad de indagar en el desenvolvimiento del cargo o, en cambio, se trata de una circunstancia omitida por el legislador. Así, debe averiguarse si la solidaridad *ex* artículo 236.5 LSC quiebra el sistema de atribución personal de responsabilidad basado en la individualización de conductas o, en cambio, resulta compatible con la determinación de la autoría del acto u omisión lesivo. En el desempeño del cargo, la actuación material

¹⁰²³ BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., pp. 111-112. PUIG BRUTAU, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *RDP*, 45 (1961), pp. 361-371, en concreto, p. 365. ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, cit., p. 1523. Expresamente, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 330. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad...”, cit., p. 759. FLEISCHER, H., “§93 AktG”, cit., p. 1416.

competente al representante, pero sus consecuencias se imputan a la persona jurídica administradora. Se trata, pues, de determinar si, en la institución estudiada, la función de garantía de terceros prevalece sobre el sistema de imputación individual de conductas. Y es que el legislador ha trasladado la solidaridad *ex* artículo 237 LSC al supuesto de hecho, pero no se han previsto las circunstancias que permiten la exoneración de uno y otro sujeto. Por su parte, según se analiza a continuación, las causas de exoneración no están adaptadas a la institución que analizamos.

En este punto, cabría acoger dos posturas diametralmente opuestas. Por un lado, podría admitirse que lo actuado por el representante recayese, en todo caso, sobre la esfera jurídica del ente, de forma que uno y otro no podrán oponer vicisitudes propias de su relación interna, desconocida por los terceros, para excusar su responsabilidad¹⁰²⁴. De acuerdo con esta concepción, la contribución al daño de cada uno de ellos sólo se dilucidará en la vertiente

¹⁰²⁴ Según parece sugerir la literalidad de la norma, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 561. En todo caso, no acogemos la tesis manejada por este autor, según la cual, el administrador persona jurídica responde por hecho ajeno, a saber, el de su representante. En el Código Civil español, la responsabilidad por hecho ajeno *ex* artículo 1904 se verifica en sede responsabilidad extracontractual. El instituto estudiado, en cambio, nos sitúa ante una serie de relaciones contractuales en las que la actuación de un representante se imputa al ente administrador y, a su vez, la conducta del titular se considera la propia de la sociedad administrada. En ocasiones, los autores afirman que el ente responde por lo actuado por su representante, extremo que se desprende de la naturaleza representativa de la relación. Así, A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, cit., p. 24. Habla, simplemente, de responsabilidad concurrente, LEMEUNIER, F., *La réforme des sociétés commerciales*, cit., p. 69. En la doctrina española se afirma, en general, la responsabilidad del ente por los actos del representante, aunque no parece que ello conlleve una toma de postura en el sentido ahora apuntado. Así, CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, cit., p. 253. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, cit., p. 236. Por su parte, parece aceptar la responsabilidad del representante aun en ausencia de culpa o negligencia, HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 84. Expresamente, BONARDELL LENZANO, R. CABANAS TREJO, R., *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, cit., p. 116.

interna, a través de las acciones de repetición¹⁰²⁵. Esta interpretación se apoyaría en dos argumentos. En primer lugar, la admisión del administrador persona jurídica se relaciona con la matización del principio de responsabilidad personal, principal argumento en contra de su licitud en el ordenamiento alemán¹⁰²⁶. Además, las vicisitudes relativas al poder de representación de la persona física constituirían limitaciones internas inoponibles a los terceros de buena fe, de conformidad con el artículo 234 LSC.

La segunda tesis acogería una interpretación de la solidaridad acorde con el principio de responsabilidad personal. Se trataría de admitir que, a pesar de la existencia de una relación representativa, es posible la individualización de culpas, dado que algunos incumplimientos fiduciarios podrán resultar imputables a uno u otro sujeto, sin intervención del otro¹⁰²⁷. En tales casos, la declaración de responsabilidad del sujeto no infractor sólo podría fundarse en su omisión del deber de vigilancia mutua, derivado del general de diligencia. Esta opinión supone aceptar que se indague en la intervención del ente y su representante en el hecho lesivo¹⁰²⁸. Como el artículo 237 LSC, el artículo 236.5 LSC contemplaría una presunción de culpa colectiva entre el administrador persona jurídica y su representante, que les impone la carga de la prueba sobre su contribución al daño, sin excepción con respecto a la

¹⁰²⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 266.

¹⁰²⁶ ULMER, P., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 367. PAEFGEN, W. G., “§ 6 GmbHG”, cit., p. 861. FLEISCHER, H., “Leitung der Vorstands”, cit., p. 32.

¹⁰²⁷ Expresamente, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 561. Antes de la Ley 31/2014, entendía necesario declarar la responsabilidad de aquél a quien resultara imputable el acto lesivo, GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, cit., p. 91.

¹⁰²⁸ OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 33. FAVARIO, T., “Précisions sur l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif contre le représentant permanent d’une personne morale”, *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2 (2014), p. 95.

solución generalmente aplicable a los administradores sociales¹⁰²⁹. A nuestro entender, esta tesis es más respetuosa con los principios que inspiran el régimen de responsabilidad que analizamos, mientras que la opción contraria incentiva un tratamiento objetivo de la responsabilidad del administrador persona jurídica, aun existiendo elementos en el Derecho vigente para ofrecer resultados más acordes con la realidad material del supuesto.

El problema de la individualización de culpas reside en establecer las concretas circunstancias oponibles por cada uno de los sujetos¹⁰³⁰. El precepto en la materia, el artículo 237 LSC, no se ajusta al supuesto de hecho, por lo que no permitirá tomar en consideración las particularidades de la institución. En cuanto a las circunstancias imaginables, cabe pensar que la persona jurídica intente excusar su responsabilidad en vicisitudes relativas al poder de representación de la persona natural. De acuerdo con la tesis mantenida en el estudio, tales circunstancias resultan inoponibles frente a los terceros de buena fe, de conformidad con el artículo 234 LSC¹⁰³¹. Además, de verificarse, revelarían un incumplimiento por parte del ente de su deber de contar con una persona debidamente apoderada para ejercer el cargo, por lo que no quedaría exonerado de responsabilidad. En cambio, cabe admitir la existencia de incumplimientos fiduciarios autónomos, de forma que cada uno de ellos sea responsable de sus propias faltas de diligencia o lealtad.

¹⁰²⁹ En sentido similar, aunque interpreta el tenor literal en el sentido opuesto, considera posible individualizar la conducta, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 562. MONSIÈRE-BON, M-H., “Responsabilité pour l’insuffisance d’actif: le représentant permanent est un dirigeant comme les autres”, cit., p. 101.

¹⁰³⁰ Se trataría de uno de los casos difíciles, descritos por ALBALADEJO GARCÍA, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *ADC*, 16-2 (1963), pp. 345-376, especialmente, pp. 373-376, ante la dificultad de determinar la contribución de cada interviniente al daño.

¹⁰³¹ Véase *supra* Capítulo V, III.4.1.

1.4.3. Responsabilidad solidaria con los demás administradores

La responsabilidad solidaria del representante *con* el administrador persona jurídica implica que la persona física responderá junto a los demás administradores, respecto de los cuales el artículo 237 LSC insta una presunción de culpa colectiva¹⁰³². En efecto, ente administrador y su representante se someten al artículo 237 LSC, por lo que, como deudores solidarios, son legitimados pasivos de acciones en reclamación del total de la deuda¹⁰³³. La técnica legislativa sugiere algunas dudas porque, formalmente, declara que este sujeto es responsable solidario con otro que, a su vez, lo es con los demás administradores. Ello conduce inexorablemente a afirmar que el representante responde de forma solidaria con el resto de titulares orgánicos. La diferencia reside en que cada una de las reglas de solidaridad atiende a una relación fiduciaria distinta: el artículo 237 LSC se refiere a la que afecta a los miembros del órgano de administración entre sí, mientras que el artículo 236.5 LSC se centra en la relación representativa entre una persona natural y un ente administrador. En puridad, las circunstancias oponibles del artículo 237 LSC atienden a la especialidad del vínculo fiduciario entre los administradores sociales, pero no contemplan la propia del que se entabla entre los dos sujetos que nos ocupan.

Con todo, la solidaridad *con* el resto de administradores introduce un problema relativo a la determinación del número de cuotas. En efecto, se ha

¹⁰³² OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 30. GRIMALDOS GARCÍA, M^a. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la Responsabilidad solidaria: artículos 236 y 237...” cit., p. 328.

¹⁰³³ Con anterioridad a la Ley 31/2014, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 1^a ed., cit., p. 236. OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 30.

establecido que la presencia del representante no debe tenerse en cuenta en el cómputo de la cifra de administradores, en aquellos casos en los que resulte jurídicamente relevante¹⁰³⁴. Siguiendo esta regla, el hecho de que aparezca como responsable solidario no disminuye la cuota de responsabilidad de cada administrador, sino que el ente y su representante aparecen como responsables solidarios de una sola cuota de responsabilidad. En realidad, esta cuestión no puede ser fijada de antemano, pues, frente a los legitimados activos de las acciones, cada responsable solidario es responsable *in intregum*, de modo que, si el reparto de cuotas no es ajustado por el juzgador, deberá ventilarse en vía interna¹⁰³⁵.

1.5. Causas de exoneración

Las conclusiones alcanzadas hasta este punto indican que es necesario individualizar el grado de intervención de un ente administrador y de su representante. A tal efecto, procede estudiar las causas en las que uno y otro pueden fundar la excusa a su responsabilidad. Ello requerirá analizar la aplicabilidad del artículo 237 LSC al supuesto de hecho. Y es que, cualquier administrador podrá exonerarse de responsabilidad, acreditando alguna de las circunstancias recogidas en el precepto. Se trata, pues, de determinar si esta previsión alcanza al administrador persona jurídica y en qué medida afecta a cada sujeto. Conviene recordar la discusión mantenida relativa al carácter taxativo de las causas de exoneración. Si algunos autores consideran que nos

¹⁰³⁴ Véase *supra* Capítulo VI., X.2.

¹⁰³⁵ CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores: excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, cit., p. 3.

situamos ante un *numerus clausus*¹⁰³⁶, un relevante sector doctrinal desecha esta tesis y, en cambio, entiende que también tienen cabida las causas generales de exoneración de responsabilidad¹⁰³⁷. A nuestro entender, dado que el precepto en la materia, el artículo 237 LSC, no se ajusta al supuesto de hecho, debe aceptarse la posibilidad de que el ente administrador y su representante gocen de las excepciones que tutelan la posición jurídica de todo deudor solidario *ex* artículo 1148 C.C.

1.5.1. Aplicabilidad de las causas de exoneración de los administradores

Las causas de exoneración del artículo 237 LSC presuponen que el administrador ejercita efectivamente las funciones propias del cargo, asistiendo a las reuniones y manifestando el voto o, en su caso, su oposición. En puridad, no están diseñadas para la especificidad del supuesto en que el titular sea una persona jurídica y en ellas no tiene cabida la intersubjetividad que el modelo normativo introduce en la vocalía orgánica. La incorporación a nuestro ordenamiento del artículo 236.5 LSC no se ha acompañado de especialidades dirigidas a la institución que analizamos. A pesar de ello, en la medida en que nos encontramos frente a un administrador de pleno derecho, la norma resultará de aplicación, por lo que es necesario determinar su alcance. En nuestro caso, será el representante quien materialmente ejecute los actos relevantes a efectos del artículo 237 LSC, esto es, asistir a la reunión del órgano, abstenerse, emitir

¹⁰³⁶ ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, cit., pp. 93-94.

¹⁰³⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad”, cit., p. 1704 e *Ibidem*, “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración”, *RdS*, 19 (2002), pp. 73-87, en concreto, p. 85, se mostraba favorable a una interpretación laxa, adaptada a las circunstancias de cada supuesto.

o salvar el voto y manifestar su oposición expresa. Al hacerlo, su conducta será imputada a la persona jurídica titular. Ello indicaría que las circunstancias previstas por el precepto pueden hacerse valer frente a los demás administradores, solidariamente responsables con los sujetos que nos ocupan.

A. La falta de intervención en el acuerdo lesivo

El primero de los presupuestos que debe concurrir para que el administrador quede exonerado de responsabilidad es que no haya intervenido en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo. Se trata de un requisito de carácter general, aplicable a las dos modalidades subsiguientes de exoneración. En relación con el administrador persona jurídica, el ente gestor interviene en la adopción y ejecución del acuerdo lesivo a través de su representante. Por tal motivo, siempre que esta persona participe en la reunión, se entenderá que lo hace también el administrador. En este sentido, el ente no podrá aducir la falta de intervención en el acuerdo si su representante estuvo presente en su adopción. La causa de exoneración también juega en beneficio de la persona jurídica en el supuesto en que el representante permanente se ausente de la sesión del órgano, siempre que concurren los demás requisitos.

B. El desconocimiento de la existencia del acuerdo lesivo

El conocimiento por parte del representante del acuerdo lesivo equivale al conocimiento por parte del ente gestor. El establecimiento de un sistema de

rendición de cuentas e información, que se extrae del deber de diligencia de la persona jurídica administrador, permitirá que el ente se mantenga al corriente de las circunstancias que afecten a la marcha social. Sólo excepcionalmente podría aducir la ignorancia del acuerdo lesivo, alegando que el representante no había comunicado la celebración de la reunión en la que se adoptó el acuerdo lesivo. Esta circunstancia difícilmente tendría valor exoneratorio, pues el ente debería acreditar la existencia de un sistema de supervisión sobre su representante y el cumplimiento de las demás manifestaciones de su deber de diligencia. Pero, además, la persona natural estará facultada por participar en los acuerdos del órgano y, al hacerlo, también lo hará el titular. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de informar al principal sobre un asunto, con independencia de que de él se derive responsabilidad, queda a la vertiente interna. En el mismo sentido, el desconocimiento por parte del representante equivale a la ignorancia del administrador persona jurídica.

C. La evitación del daño o, al menos, la oposición expresa

Las siguientes dos circunstancias que pueden acumularse a la falta de intervención son la evitación del daño y la oposición expresa al acuerdo. La ley las configura, a su vez, como alternativas, aunque parece preferible el esfuerzo activo por minimizar el daño frente a la mera pasividad manifestada en una determinada postura respecto al acuerdo. La segunda, además, presupone la intervención del representante en la sesión en la que se adoptó el acuerdo lesivo.

Comenzando por la oposición expresa, ésta se materializa mediante el ejercicio del derecho de voto en contra del acuerdo del que dimana la

responsabilidad y el requerimiento para que la oposición conste en acta¹⁰³⁸. Cuando se trata de un administrador persona jurídica, sólo el representante puede ejercitar válidamente el derecho de voto y, por ende, es el único legitimado para exteriorizar la oposición en su nombre. De este modo, la ausencia del representante en la reunión en la que se adoptó el acuerdo puede traer consecuencias para el ente gestor, en tanto no habrá podido salvar el voto. El principal problema se plantea en caso de discordancia entre el criterio del ente administrador y el voto emitido efectivamente por su representante. Si el representante hubiera expresado su voto a favor de un acuerdo generador de responsabilidad, separándose de las directrices del administrador, el ente intentaría aducir esta circunstancia para exonerarse. Sin embargo, la constelación habitual será la contraria, ya que el representante tiene la obligación de enjuiciar la compatibilidad de las directrices con el interés social. Así, lo más probable es que, al separarse de las instrucciones, el representante evite que su principal incurra en responsabilidad.

Por lo que respecta a la evitación del daño, se requiere una conducta activa encaminada a remediar las consecuencias lesivas del acto u omisión, generalmente, la impugnación del acuerdo lesivo¹⁰³⁹. La legitimación activa para la impugnación del acuerdo corresponde al representante permanente, pero su ejercicio se imputará al ente gestor. Lo mismo ocurrirá si se opta por adoptar un nuevo acuerdo que deje sin efecto la decisión causante del daño.

¹⁰³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 321. Parece bastar el voto en contra, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad”, cit., p. 1707.

¹⁰³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, cit., p. 322. ARROYO MARTÍNEZ, I., “Artículo 133. Responsabilidad”, cit., p. 1541. EMBID IRUJO, J. M., “Artículo 143. Impugnación de acuerdos”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1664-1674, en concreto, p. 1670.

1.5.2. Aplicabilidad de las causas de oposición del deudor solidario

Frente a las acciones de responsabilidad, la persona jurídica administradora y su representante intentarán oponer las circunstancias que permiten excusar la responsabilidad de todo deudor solidario. Así, el artículo 1148 C.C. le permite oponer las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, las personales y aquéllas que sean personales de los demás codeudores, en este caso, el representante. Las primeras se refieren a los presupuestos de la responsabilidad de los administradores, por lo que nos remiten, de nuevo, al artículo 237 LSC, pero también al artículo 238 LSC. Por lo que respecta a las excepciones de carácter personal, cabe imaginar que la persona jurídica oponga la falta de vinculación por los actos de su representante, alegando la inexistencia de poder o la extralimitación¹⁰⁴⁰. A nuestro entender, la persona física debe reunir poder suficiente para desempeñar cualquier tarea anudada al cargo y mantenerlo durante su mandato. Ello incluiría la adopción de los acuerdos que se planteen en el órgano, que vincularán al ente gestor. Por consiguiente, la persona jurídica no podría oponer la ausencia de poder de representación o la extralimitación del representante por su intervención en una concreta operación planificada o propuesta por el órgano de administración.

De manifestarse este supuesto, supondría que la persona jurídica ha omitido su deber de designar a un sujeto y apoderarlo debidamente, incurriendo en una falta grave a la diligencia de un ordenado empresario. Además, según se ha establecido, la limitación del poder del representante es inoponible frente a los

¹⁰⁴⁰ En la doctrina general, indican que las excepciones personales se refieren a las relacionadas con el consentimiento o vinculación del concreto deudor, CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores: excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, cit., p. 59; CRISTÓBAL MONTES, Á., “Excepciones oponibles por el deudor solidario”, *RDP*, 74 (1990), pp. 863-874, en concreto, p. 871.

terceros de buena fe. En cambio, puede dudarse de si esta circunstancia podrá ser aducida frente a la sociedad administrada¹⁰⁴¹. Y es que esta concreta limitación no se produce en su seno, sino en la esfera del ente administrador. A nuestro entender, sólo cabría oponer aquellas circunstancias en las que concurriera una falta de la propia sociedad gestionada. Piénsese en que se le hubiera notificado el cese del representante y la identidad del nuevo, pero no se hubiese instado su inscripción en el Registro Mercantil y, seguidamente, la sociedad ejercitara una acción de responsabilidad frente al representante aun inscrito, a sabiendas de que, en la fecha en que se produjeron los hechos, había cesado eficazmente en el cargo *ex artículo 212.2 bis LSC*.

Por otro lado, cabe imaginar que el ente acudiera a las normas ordenadoras de la relación interna y, por ejemplo, se escudara en la falta de vinculación del principal por las infracciones legales del comisionista (art. 259 Cdc). En tales casos, podríamos situarnos ante constelaciones distintas, según el representante hubiera utilizado sus facultades con fines adecuados (art. 228.a) LSC), aunque, más tarde, el acto o acuerdo hubiera generado un daño. El representante utiliza adecuadamente sus facultades en el supuesto de hecho que el legislador plantea en el artículo 237 LSC. En él, el órgano de administración adopta una decisión en la que todos sus miembros tienen la obligación de participar y, como tal, esta persona interviene y ejerce el voto, que se imputa al administrador persona jurídica. Por lo general, el representante se separará de los fines para los cuales recibió el encargo cuando incurra en faltas de lealtad, consistentes en realizar alguna de las conductas que tipifica el artículo 229 LSC. En este sentido, el aprovechamiento de oportunidades de negocio, la realización de transacciones prohibidas o el ejercicio de actividades en competencia con la sociedad pueden

¹⁰⁴¹ Considera relevante el conocimiento por parte la sociedad administrada de los vicios en el poder, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas...*, cit., p. 367.

desarrollarse al margen del ente administrador, sobre todo, en aquellos casos en los que el ente no se encuentre controlado por esta persona física.

Estas consideraciones nos devuelven a la relevancia del conocimiento por parte del administrador persona jurídica para imputarle las faltas de diligencia, pero, principalmente, las de deslealtad de su representante. Teniendo en cuenta las obligaciones de vigilancia recíproca, es posible que las faltas de lealtad del representante revelen infracciones severas del deber de diligencia por parte del ente. En otros casos, si se acredita que el ente no incumplió sus deberes de cuidado y la infracción fuera atribuible en exclusiva a su representante, la persona jurídica quedará exonerada. Idéntica argumentación permite excusar la responsabilidad del representante frente a incumplimientos fiduciarios independientes del ente administrador. Se trataría de infracciones realizadas sin intervención de la persona natural, siempre que éste hubiera atendido a sus obligaciones de vigilancia sobre la esfera de la persona jurídica a la que representa¹⁰⁴².

1.6. Grupos de casos

Una vez sentados los presupuestos del régimen de la solidaridad *ex* artículo 236.5 LSC, es conveniente analizar algunas de las hipótesis controvertidas en relación con la responsabilidad de un administrador persona jurídica y su representante. La categoría más llamativa recoge los llamados incumplimientos independientes por parte de uno de los sujetos, pero sin su conocimiento. Se trata de infracciones de los deberes sociales, que sólo resultan imputables al

¹⁰⁴² El conocimiento efectivo por parte del representante se ha valorado como un criterio relevante en PINO SÁNCHEZ, A., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores sociales”, cit., p. 122.

representante o al administrador persona física¹⁰⁴³. Esta constelación presupone el pleno cumplimiento por parte del sujeto que aduce su falta de intervención. En efecto, aceptando que la responsabilidad solidaria a la que los somete el artículo 236.5 LSC no es obstáculo a la individualización de culpas, la carga de la prueba recaería en todo caso sobre el deudor. Y, dado que el ente administrador y su representante asumen un específico deber de vigilancia mutua en el desempeño del cargo, la infracción independiente requerirá que su conducta se haya ajustado a los específicos deberes que se manifiestan en la institución. Por consiguiente, las faltas autónomas se imputarán exclusivamente al autor, quedando el otro exonerado, siempre que haya respetado sus especiales obligaciones de cuidado.

1.6.1. Infracciones autónomas del administrador persona jurídica

La persona jurídica puede incurrir en faltas de diligencia o lealtad en las que su representante permanente no intervenga. Por lo general, las faltas independientes del ente se derivarán de la infracción de los específicos deberes que recaen sobre las personas jurídicas administradoras y que no se manifiestan cuando la vocalía es ocupada por una persona física. Así, por ejemplo, deben seleccionar a una persona idónea para ocupar el cargo de representante y cubrir

¹⁰⁴³ QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 250 JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, cit., p. 462. HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, cit., p. 75. MORATA ESCALONA, M^a. P., “La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada”, cit., p. 136. En la doctrina francesa, GODON, L., *La société par actions simplifiée*, cit., p. 561. El conocimiento efectivo por parte del administrador persona jurídica se utiliza como criterio en la SAP Alicante (Sección 8^a), de 30 de abril de 2014 (núm. 93) [JUR 2014\190171], en la que se estima probado que la sociedad administradora era conocedora de los hechos. Sin embargo, en este caso, el ente gestor estaba bajo el control de la persona natural representante.

inmediatamente la vacante que genere su cese. Por regla general, el incumplimiento de tales obligaciones no incumbe al representante. Es cierto que, en algunos casos, el retraso en la cobertura de la vacante podría deberse al cese intempestivo del representante originario, en cuyo caso, cabría establecer un nexo causal por omisión entre el daño y la baja irregular. En sede de administración, es conocida la responsabilidad *in eligendo* de los titulares orgánicos. Habitualmente, se deriva de la selección de los cargos delegados o de la distribución interna de tareas, como manifestación del deber de diligencia¹⁰⁴⁴. Por su parte, la culpa *in eligendo* del ente administrador se referiría a la selección de un representante inapropiado, que no respetara los requisitos necesarios para ejercitar sus funciones o no mantuviera una dedicación adecuada¹⁰⁴⁵.

Por otra parte, la naturaleza colectiva del ente dificulta la delimitación de los casos en que la persona jurídica interviene en nombre propio, con respecto a aquéllos en los que la falta es, en realidad, imputable a una persona vinculada. En la primera categoría se incluirán todas aquellas infracciones que se derivaran de un acuerdo formalmente adoptado por la persona jurídica, así como aquellos actos jurídicamente imputables a la organización y no a uno de sus representantes¹⁰⁴⁶. Como ejemplos cabe pensar en el inicio de actividades

¹⁰⁴⁴ MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 438. QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, cit., p. 305. POLO SÁNCHEZ, E. M., *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima...*, cit., p. 292. HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales...*, cit., p. 80.

¹⁰⁴⁵ OPPEIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, cit., Mg. 33. DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, cit., p. 349. La idea es análoga en otros modelos carentes de representante permanente en relación con los gestores mediatos. Así, BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, cit., p. 52. CETRA, A., *La persona giuridica amministratore*, cit., p. 133.

¹⁰⁴⁶ Acepta la responsabilidad derivada de acuerdos en el seno de la persona jurídica administradora, JUSTE MENCÍA, J., “Administrador persona jurídica”, cit., p. 142.

competitivas con las desarrolladas por la sociedad o incluso en una modificación del objeto en esta línea, que no hubiera sido autorizada por la administrada. Si en la adopción del acuerdo no participara el representante -piénsese en que no fuera administrador ni socio de la administradora-, la falta le sería difícilmente imputable.

La persona jurídica está facultada para impartir instrucciones a su representante. Sin embargo, antes de ejecutarlas, la persona física deberá analizar su compatibilidad con el interés de la administrada. Por esta razón, el representante no podrá aducir el seguimiento de instrucciones de su principal para excusar su responsabilidad¹⁰⁴⁷. De este modo, el ente administrador responderá *in instruendo* por la emisión de directrices contrarias a la ley, los estatutos o el interés social de la gestionada. No obstante, en tales casos, no nos situaremos ante un incumplimiento independiente del titular, sino que las instrucciones lesivas habrán sido ejecutadas por su mandatario, a quien será igualmente imputable el daño causado.

1.6.2. Infracciones autónomas del representante

De forma análoga al supuesto anterior, resulta imaginable que el representante incurra en faltas de diligencia, pero, especialmente, de lealtad, no imputables al ente administrador. Piénsese en que realice transacciones prohibidas con la sociedad en nombre propio, que invoque su condición o haga uso de la información a la que tiene acceso en beneficio propio o que inicie actividades en concurrencia con la sociedad. En este último supuesto, el representante podría desarrollar tales actividades por cuenta propia o mediante

¹⁰⁴⁷ POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 319.

la constitución de otras personas jurídicas, cuya actividad entrañe competencia efectiva con la sociedad. La no imputación al ente supondría que ninguno de los gestores mediatos tuviera conocimiento de la actividad desarrollada por el representante en incumplimiento del deber de lealtad, sin faltar a su elemental deber de vigilancia sobre el mandatario. Un elemento indiciario será la relación jurídica entre ambos. Para determinar su relevancia en estos supuestos, convendrá acudir al artículo 231.1.d) LSC, con el fin de averiguar si la entidad gestora se encuentra bajo el control del ente, en cuyo caso debería descartarse el carácter autónomo de la infracción.

En la medida en que el representante debe abstenerse de ejecutar instrucciones lesivas para el interés social, en ningún caso podrá aducir el seguimiento de directrices impuestas por su principal¹⁰⁴⁸. Este supuesto, que genera responsabilidad *in instruendo* para el ente, no permite al representante excusar su responsabilidad. Como los demás titulares, el mandatario será llamado a responder de los perjuicios causados por su cese intempestivo en el cargo¹⁰⁴⁹. En esta constelación, el administrador persona jurídica deberá desplegar la diligencia necesaria para que la vacante sea cubierta a la mayor brevedad. Al cesar en el cargo antes de que se extinga el mandato de la persona jurídica, el representante deberá extremar la cautela, en atención a lo dispuesto en el artículo 143.2 RRM. Según este precepto, en ausencia de designación del sustituto, el cese del representante es ineficaz. De este modo, el representante inscrito aparecerá frente a los terceros como legitimado pasivo de las acciones

¹⁰⁴⁸ POTTIER, E., L'HOMME, T., "La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés", cit., p. 318. Aunque considera que el representante debe ponderar la licitud de las instrucciones, parece admitir la imposición del principal como excusa, GRIMALDOS GARCÍA, M^a. I., "Presupuestos y extensión subjetiva de la Responsabilidad solidaridad: artículos 236 y 237...", cit., pp. 328-329.

¹⁰⁴⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., "La persona jurídica administradora de una sociedad anónima", cit., p. 2334.

de responsabilidad hasta que la identidad del nuevo representante acceda al Registro Mercantil. Por este motivo, deberá instar al ente a cubrir la vacante a la mayor brevedad y parece recomendable que él mismo notifique su baja a la administrada, pues el conocimiento efectivo por parte de ésta resultará determinante en relación con su legitimación activa para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Se trata de que preconstituya prueba de haber desplegado la diligencia debida en el cese. Ello le permitirá acreditar la ausencia de título frente posibles reclamaciones fundadas en circunstancias acaecidas entre su cese y la inscripción del nuevo representante. Por otro lado, la práctica de situar a personas jurídicas en la administración no se relaciona necesariamente con la interposición. En este sentido, no cabe imputar falta alguna a la persona física que cesa en el cargo para, seguidamente, colocarse como representante de un administrador persona jurídica¹⁰⁵⁰.

Finalmente, existiría una constelación en la que la deslealtad procede de la conducta activa de una de las personas vinculadas al administrador persona jurídica *ex* artículo 231.2 LSC. En los supuestos comprendidos en las letras a) a c) del artículo 231.2 LSC, las personas vinculadas no tienen por qué mantener vínculo alguno con el representante, más allá de integrarse en la esfera orgánica del ente administrador. La duda reside en si la solidaridad del artículo 236.5 LSC permite imputar responsabilidad al representante por la deslealtad en que se incurra a través de cualquier persona vinculada a la persona jurídica y no sólo a las que se consideren vinculadas a él mismo¹⁰⁵¹. Por lo general, se tratará de una cuestión de hecho en la que convendrá tomar en consideración el papel

¹⁰⁵⁰ AAP Pontevedra (Sección 1ª), de 20 de noviembre de 2014 (núm. 201) [JUR 2015\38041].

¹⁰⁵¹ Planteando un escenario próximo, JUSTE MENCÍA, J., “Acción social de responsabilidad contra los administradores: nuevos sujetos responsables”, *cit.*, p. 449 considera que el representante puede excusar su responsabilidad si la infracción se imputa a uno de los gestores del ente administrador.

que el representante ostenta en el ente administrador (por ejemplo, si acumula la condición de titular orgánico o apoderado), así como la diligencia desplegada para vigilar el correcto desenvolvimiento del cargo en el seno de la persona jurídica.

1.7. Tratamiento de la relación interna

Bajo este epígrafe, se formulan consideraciones relativas al tratamiento de la responsabilidad en el ámbito interno, aquél que no compete ya a los legitimados activos frente a las acciones de responsabilidad, sino sólo a la persona física representante y al ente administrador. En esta sede, las partes pueden establecer los pactos que consideren oportunos sobre el reparto de la cuota de responsabilidad. En este sentido, podrán fijar las circunstancias determinantes de la exoneración de uno u otro o establecer el *quantum* de responsabilidad, aunque tales disposiciones no serán oponibles frente a terceros. Por otro lado, el régimen aplicable a esta vertiente dependerá de si el cargo se hubiera acumulado a una relación subyacente o, en cambio, se hubiese configurado como autónomo. En este ámbito, cada uno de ellos gozará frente al otro de las acciones de regreso y de subrogación (art. 1145 C.C.). Al ejercitar la acción de regreso podrá determinarse la cuota de responsabilidad de cada uno en el caso de que las circunstancias relevantes para el reparto no resultaran oponibles frente al reclamante¹⁰⁵².

Por lo que respecta a los mecanismos internos de garantía, es posible que se incorporen cláusulas de indemnidad del representante, especialmente convenientes en los casos en que se designe a una persona que se encuentre en

¹⁰⁵² ESTEBAN VELASCO, G., “Artículo 12. Administradores”, cit., p. 201. RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, cit., p. 61.

situación de subordinación en la persona jurídica¹⁰⁵³. También cabe pensar en que las partes recojan disposiciones por las que excluyan la reclamación de su cuota al otro, el llamado *pactum de non petendo*. En esta sede, cabría recoger los llamados acuerdos *simul stabunt simul cadent*, por el que el administrador persona jurídica se comprometiera a cesar en la vocalía orgánica en caso de que alguna circunstancia obligara a su representante a abandonar el cargo, por ejemplo, en caso de pérdida de la confianza de la sociedad administrada ¹⁰⁵⁴. La cláusula será unidireccional, pues el cese del ente administrador determina, en todo caso, la extinción del mandato de la persona física representante. Con todo, la forma más habitual de blindar la responsabilidad derivada del cargo será la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

2. Las acciones de responsabilidad

La reclamación de responsabilidad frente a los administradores se concreta en las acciones social e individual, así como en la prevista en el artículo 367 LSC. La presencia de dos sujetos, uno de los cuales representa al otro en el ejercicio del cargo, introduce algunas particularidades en esta materia.

2.1. Legitimación pasiva

¹⁰⁵³ El mecanismo es utilizado en sede de grupos de empresas, así como en el caso de personas físicas que asumen la titularidad orgánica en nombre propio, pero en representación de otra persona. En este sentido, GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, cit., p. 351.

¹⁰⁵⁴ BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, cit., p. 105. FERRI, G., *Le società*, cit., p. 643. MARTÍNEZ SANZ, F., *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima: (la cooptación)*, cit., p. 428. FRANZONI, M., *Gli amministratori e i sindaci*, cit., pp. 34 y 462.

El establecimiento de un régimen de responsabilidad solidaria tiene su trasunto procesal en la legitimación pasiva frente a las acciones de responsabilidad. La ubicación sistemática del artículo 236.5 LSC puede hacer dudar de si el ámbito subjetivo de la responsabilidad se extiende a todas las acciones o se circunscribe a la acción social¹⁰⁵⁵. Sin embargo, debe entenderse que la norma equipara el estatuto del representante al propio de los titulares orgánicos, sin especialidades adicionales a las ya analizadas. La solidaridad del artículo 236.5 LSC comporta la legitimación pasiva del representante del administrador persona jurídica, que se coloca junto a su principal y los demás vocales. Se trata, no obstante, de dos sujetos de derecho independientes, frente a los cuales el reclamante se beneficia del *ius electionis*. En este sentido, podría ser demandado sólo uno de ellos o ambos. Si las acciones de responsabilidad son ejercitadas frente a los dos, nos encontraremos con la posibilidad de que sus intereses sean divergentes (por ejemplo, por haber quebrado su relación fiduciaria). En atención a lo anterior, es imaginable que uno y otro excusen su responsabilidad en el comportamiento de su codeudor. Por consiguiente, la reclamación de responsabilidad sobre el ente no podrá dirigirse frente a su representante permanente, sino que la cuestión debe remitirse a las reglas generales, a saber, a los artículos 6.3 y 7.4 LEC.

2.2. Acción social de responsabilidad

Administrador persona jurídica y representante son legitimados pasivos de la acción social de responsabilidad. La legitimación del primero se deriva de su condición de titular orgánico *ex* artículo 238.1. LSC, mientras que la

¹⁰⁵⁵ JUSTE MENCÍA, J., “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, cit., p. 462.

sujeción del representante a la acción encuentra fundamento en el artículo 236.5 LSC. Dado que no se impone un litisconsorcio pasivo necesario, los reclamantes se ven amparados por el *ius electionis*. Por su parte, la especialidad del supuesto de hecho no altera la legitimación activa principal de la sociedad o de los socios, en caso de infracción del deber de lealtad, ni la legitimación, principal o subsidiaria, de los socios o de los acreedores (arts. 238 a 240 LSC).

Por lo que respecta a la adopción del acuerdo favorable al ejercicio de la acción de responsabilidad, éste puede referirse al titular del cargo, a su representante o a ambos. En caso de que la sociedad considerara que la acción u omisión dañina sólo es imputable a uno de ellos y, por consiguiente, sólo frente a él se ejercitara la acción, esta circunstancia deberá hacerse constar en el acuerdo. En ausencia de mención expresa, deberá entenderse que la acción se ejercita frente a ambos, como codeudores solidarios *ex* artículo 236.5 LSC. La persona jurídica administrador podría ser, a su vez, socio de la sociedad. Sin embargo, parece poco probable que utilice su derecho de voto para promover una acción de responsabilidad frente a un representante ya cesado, ante el riesgo de que ella misma sea llamada al proceso. Ninguna particularidad plantea la renuncia, que presupone la interposición judicial de la demanda de responsabilidad frente a los administradores sociales¹⁰⁵⁶.

La transacción tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de responsabilidad por parte de los administradores. El socio-administrador deberá abstenerse de intervenir en el acuerdo de transacción, adoptado por la Junta general, pues esta hipótesis encaja en el supuesto del artículo 190.1.c) LSC, ya que la sociedad lo libera de la obligación de indemnizar, nacida a

¹⁰⁵⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., cit., p. 315.

consecuencia de la aceptación de su responsabilidad¹⁰⁵⁷. El ente deberá abstenerse de participar en el acuerdo por el que se transija su propia responsabilidad o la de su representante. Por su parte, si el representante fuera también socio, la misma solución resulta extrapolable.

El cese de los administradores constituye un efecto consustancial a la promoción de la acción de responsabilidad, así como al acuerdo de transacción (art. 238.2 LSC). Así, el acuerdo favorable y la transacción de la acción de responsabilidad determinan el cese de los administradores afectados por el acuerdo, aunque existen opiniones encontradas al respecto de la posibilidad de enervar esta consecuencia¹⁰⁵⁸. En caso de que la acción fuera ejercitada exclusivamente frente al representante o la transacción sólo afectara a esta persona física, el mandato del ente gestor no quedaría extinto. En cambio, la destitución del ente administrador lleva aparejada el cese de su representante, por lo que resultaría indiferente que la acción no se ejercitara frente a él o que no se viera afectado por la transacción.

2.3. Acción individual

¹⁰⁵⁷ POLO SÁNCHEZ, E. M., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra administradores de las sociedades de capital”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 1411-1436, en concreto, p. 1431. Interpretando el término obligación en sentido amplio, COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 162-166. La tesis no es unánime en la doctrina; en contra, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., cit., p. 308.

¹⁰⁵⁸ En contra de esta posibilidad, un sector doctrinal mantiene el carácter imperativo del cese, como consecuencia necesaria, POLO SÁNCHEZ, E. M., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra administradores de las sociedades de capital”, cit., p. 1453. A favor, QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Artículo 238. Acción social de responsabilidad”, cit., p. 1714. DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., cit., p. 319.

La legitimación pasiva frente a la acción individual del artículo 241 LSC corresponde, tanto al representante, como al ente administrador. Como en el caso de la acción social, el fundamento de la legitimación de la persona jurídica se encuentra en su condición de titular orgánico, mientras que la de la persona física nos remite al artículo 236.5 LSC. De dirigirse frente al representante, la reclamación debe fundarse en las tareas adscritas al cargo de administrador, de conformidad con el artículo 212 *bis* LSC. De esta forma, la acción no podrá utilizarse para exigir responsabilidad al representante por razón de otros vínculos que ostente con el administrador persona jurídica. En el mismo sentido, la acción individual no altera las responsabilidades en las que incurra el ente en el curso de su actividad. De hecho, la principal dificultad en este punto radicarán en deslindar los daños generados por la persona jurídica y su organización en su operativa ordinaria, de los irrigados en el desempeño de su condición de administrador. Este problema será más acuciante si el objeto de la persona jurídica administradora consistiera, simplemente, en la gestión de compañías mercantiles y se ejercitara ostentando la titularidad orgánica de las sociedades gestionadas. De conformidad con las reglas generales, la acción individual amparará las reclamaciones fundadas en la conducta antijurídica del administrador en el desempeño de sus funciones que causen daño directo al legitimado activo¹⁰⁵⁹. Un indicio en este sentido lo constituirá el hecho de que

¹⁰⁵⁹ ESTEBAN VELASCO, G., “La acción individual de responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 169-254, en concreto, pp. 187-188. MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 82-85. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales. Segunda edición”, *InDret*, 1 (2007), pp. 1-18, en particular, p. 11.

la concreta acción u omisión se haya realizado a través del representante permanente.

2.4. Acción de responsabilidad por obligaciones sociales

Finalmente, cabe referirse a la responsabilidad por obligaciones sociales, consagrada en el artículo 237 LSC. Siguiendo la pauta marcada, la persona jurídica y su representante son legitimados pasivos frente a su ejercicio. Sin embargo, en este caso, la responsabilidad se deriva de obligaciones materiales (la convocatoria de la Junta, la promoción de la disolución o la declaración de concurso). Tales actos competen, con carácter exclusivo, al representante permanente. Por consiguiente, debe analizarse el fundamento de la responsabilidad del ente administrador.

La legitimación pasiva del representante frente a la acción de responsabilidad prevista en el artículo 237 LSC planteó algunas dudas con anterioridad a la Ley 31/2014. En particular, este problema debe enmarcarse en un debate más amplio, relativo al alcance de la responsabilidad por obligaciones sociales sobre sujetos distintos de los titulares formales. En este sentido, existe consenso sobre su exigibilidad a los administradores de hecho¹⁰⁶⁰. A diferencia de otros sujetos mencionados en el artículo 236 LSC,

¹⁰⁶⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 255-304, en concreto, p. 297.

el representante del administrador persona jurídica se encuentra legalmente facultado para cumplir con los específicos deberes impuestos por el artículo 365 LSC. En efecto, por mor de los artículos 212 *bis* y 236.5, la persona natural puede, siempre en nombre de la persona jurídica, convocar la Junta general, así como solicitar la declaración de concurso. La discrecionalidad empresarial le concede un margen de autonomía para tomar tales decisiones sin necesidad de recabar autorización de la persona jurídica. Cuestión distinta es que, por su relevancia, prefiera consultar con su principal antes de proceder. Esta circunstancia lo distingue, por ejemplo, del administrador de hecho, pues los últimos carecían de facultades formales para cumplir con las obligaciones previstas en el artículo 365 LSC. El argumento *a fortiori* debería servir para concluir que, si los tribunales han imputado esta clase de responsabilidad a sujetos carentes de legitimación formal para el cumplimiento de estas funciones, debe admitirse la legitimación pasiva de quien, por ley, debe convocar la Junta o instar el concurso.

En cambio, el administrador persona jurídica depende de su representante para evitar su responsabilidad por obligaciones sociales. En realidad, la esfera organizativa del ente deberá velar por la situación patrimonial y, en su caso, la solvencia de la sociedad administrada. Por consiguiente, el ente gestor deberá estar en condiciones de constatar si la compañía gestionada se encuentra en causa de disolución o concurren los presupuestos para declarar el concurso. Así, el administrador persona jurídica debería ser capaz de indicar a su representante la conveniencia de convocar la Junta general a la que se refiere el artículo 365 LSC, para que sea éste quien transmita esta información al órgano en el que participa o ejecute la instrucción, en el caso de que la forma de administrar la sociedad lo permita. Esta obligación del ente gestor no exime, en ningún caso, al representante, por lo que éste no podría aducir que su

principal no le informó de la necesidad de dar trámite a lo dispuesto en el artículo 365 LSC. Resulta, pues, que el carácter material de las obligaciones previstas por el consabido precepto no excluye la responsabilidad de ninguno de los sujetos analizados.

Quedaría por examinar el ámbito temporal y, por consiguiente, objetivo, de la responsabilidad por obligaciones sociales aplicada a la institución que estudiamos. Los administradores responden por las deudas sociales nacidas desde el acaecimiento de la causa (art. 367 LSC). De acuerdo con el Tribunal Supremo, ésta se extiende hasta el momento del cese en el cargo¹⁰⁶¹. Si el administrador fuera una persona jurídica, es posible que su representante abandonase sus funciones, pero el principal se mantuviera en la vocalía. A nuestro entender, sólo si la extinción del mandato del representante es oportuna, dejará éste de responder por las obligaciones contraídas a partir de este momento.

Además, no basta con que esta persona notifique su baja al ente administrador, sino que será necesario designar a su sustituto. Desde luego, si el cese en el cargo es una maniobra del representante para eludir la responsabilidad por las deudas que nazcan a cargo de la sociedad desde la fecha de comunicación de la renuncia, la demora en el nombramiento de un nuevo representante actuará como medida preventiva del abuso. Pero, si el cese del representante es legítimo, el retraso en la designación e inscripción de su sustituto puede perjudicar a la persona natural, pues sólo la efectiva de designación del nuevo representante determina la extinción de la responsabilidad del anterior. En esta constelación resultarán de utilidad las medidas preconstitutivas de la prueba de que se ha cesado diligentemente.

¹⁰⁶¹ STS de 2 diciembre de 2013 (núm. 731) [RJ 2013\7833].

Como si de un administrador se tratara, el nuevo representante gozará del plazo legalmente previsto para promover las medidas adecuadas (art. 365 LSC). La duda residiría en si el cómputo de los dos meses debe iniciarse desde la fecha de designación o retrasarse al momento en que la inscripción resulte oponible. El supuesto revela cierta controversia, pues llamaría la atención que ni el anterior representante ni ninguno de los demás titulares hubiera dado cumplimiento a las obligaciones legales y esta situación fuera conocida por el sustituto. El cambio de representante no modifica la responsabilidad del ente administrador, que sólo dejará de responder cuando su representante cumpla con las obligaciones previstas por la ley.

2.5. Prescripción

La existencia de dos mandatos en una sola vocalía orgánica sugerirá problemas relacionados con la prescripción de las acciones de responsabilidad *ex artículo 241 bis* LSC. El cómputo del plazo de cuatro años se inicia en la fecha en que la acción pudo ejercitarse, por lo que el instituto estudiado no modifica el *dies a quo*. Sin embargo, la presencia de dos sujetos matiza la cuestión, en la medida en que el cese de cada uno de ellos puede producirse en fechas distintas. En tales casos, la fecha de conocimiento efectivo por parte de la sociedad administrada será relevante a efectos de determinar las infracciones acaecidas durante la vigencia del mandato y, por consiguiente, el cómputo del plazo de prescripción de las acciones, en relación con la legitimación de la sociedad. Lo anterior es aplicable a los supuestos en que el representante sea sustituido antes del fin del mandato del ente gestor. Por lo que respecta al *dies ad quem*, si el demandante ejercita la acción sólo frente a uno de ellos, la

interrupción del plazo de prescripción afecta también al otro, de conformidad con las reglas generales (art. 1141.II C.C.)¹⁰⁶².

VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Los deberes de los administradores sociales presentan notables particularidades cuando el titular orgánico es una persona jurídica. Todos ellos recaen sobre este sujeto, pero también sobre la persona física que designa para desempeñar el cargo, según impone el artículo 236.5 LSC. Por su parte, los gestores mediatos no son destinatarios directos del régimen fiduciario, sino que su conducta es relevante en relación con específicas obligaciones, ya que su criterio conforma la voluntad de la persona jurídica. Su consideración por la norma se limita al artículo 231.2 LSC, pues quienes controlen a la entidad gestora o sean sus administradores se consideran personas vinculadas al administrador persona jurídica.

En el marco del deber de diligencia, el artículo 225.1 LSC permite tomar en consideración las particularidades del supuesto de hecho a la hora de fijar el estándar de conducta exigible. Así, podrá tenerse en cuenta que el desempeño efectivo de tareas compete a la persona física. Por su parte, el ente administrador adquiere una serie de obligaciones específicas derivadas del deber de diligencia, orientadas a evitar que pueda excusar su responsabilidad. En primer lugar, los administradores que sean personas jurídicas poseen la

¹⁰⁶² Cour de Cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 1986, 85-11307. LE CANNU, P., “Cass. Com., 2/12/1986, Dreux c/ Gourdain”, cit., p. 1131.

obligación específica de designar a un representante apto y asegurarse de que mantiene las condiciones requeridas a lo largo de su mandato. También debe garantizar que su dedicación sea adecuada y cubrir las posibles vacantes a la mayor brevedad. En el mismo sentido, debe informar a la sociedad administrada de tales vicisitudes y asegurarse de que la identidad que conste en el Registro Mercantil sea la de la persona física que, en cada momento, actúe como su representante. De incumplir estas específicas obligaciones, podría derivarse responsabilidad *in eligendo*.

Por lo que respecta al estándar de diligencia previsto por el artículo 225.1 LSC, el hecho de que el ente y el representante mantengan otras relaciones jurídicas no permite rebajar las exigencias de cuidado que la persona física debe a la sociedad y a los terceros que se relacionen con ella. Los elementos de la discrecionalidad empresarial no se ven modificados cuando el administrador es una entidad con personalidad propia. El interés personal en el asunto que excluye la protección otorgada por el artículo 226.1 LSC es aplicable al ente gestor, lo que resulta posible teniendo en cuenta la admisibilidad de una consideración *intuitus personae* en relación con las personas jurídicas. Por su parte, el procedimiento adecuado de decisión se refiere, exclusivamente, a la esfera orgánica de la sociedad administrada, por lo que no debe darse relevancia al cumplimiento de otras formalidades en el seno de la persona jurídica

El deber general de diligencia se concreta en tres obligaciones específicas que denotan particularidades en la administración societaria por personas jurídicas. El deber de dedicación compete al representante, por ser quien materialmente ejecuta el encargo. Al proyectarse sobre el ente gestor, el deber de dedicación se traduce en poner a disposición del representante los medios necesarios para un adecuado desarrollo de sus tareas. Lo anterior incluye un

deber activo de vigilancia sobre él, así como, en general, una postura facilitadora por parte de su esfera orgánica. Poseen especial relevancia los cauces de información entre el principal y su representante. Por su parte, junto al deber general de supervisión a cargo de todos los administradores, cabe extraer una especial obligación de vigilancia mutua entre los sujetos que nos incumben. El deber de información es, a la vez, una prerrogativa de todo administrador que, en este caso, se ejercita a través del representante. La información manejada por el representante se imputa al titular del cargo.

El deber de lealtad obliga al ente administrador a subordinar su interés al propio de la sociedad administrada. También el representante debe lealtad a la sociedad en la que ocupa el cargo. Los fines para los cuales se conceden facultades de administración a una persona jurídica dependen de la concreta aplicación o manifestación de la figura frente a la que nos encontremos. El ejercicio de las facultades con fines adecuados (*ex art. 228 a*) LSC) puede utilizarse como parámetro para determinar las infracciones por deslealtad del representante en las que no intervenga el ente administrador. El deber de abstención sólo puede ser cumplido por el representante, pero se referirá, tanto a los conflictos que le afecten personalmente, como a los que incumban a la persona jurídica. Por su parte, el principio de independencia de instrucciones se ve matizado en la hipótesis que analizamos, ya que el representante se somete a las directrices de su principal que sean compatibles con el interés social.

El régimen normativo de los conflictos de interés ha contemplado la posibilidad de que el administrador sea una persona jurídica. El artículo 231.2 LSC tipifica un catálogo de personas vinculadas al administrador persona jurídica. En este sentido, no existe una categoría normativa de personas vinculadas al representante permanente, sino que quienes mantengan vínculos

con la persona física serán considerados personas relacionadas con el ente gestor. Esta relación incluye a los socios de control del ente administrador, así como a sus administradores y apoderados, de hecho y de derecho. La categoría de personas vinculadas al administrador persona jurídica recogida en el apartado b) del artículo 231.2 LSC se asemeja a la noción de gestor mediato, aunque no se trate de conceptos plenamente coincidentes. También son personas vinculadas al administrador persona jurídica las sociedades del grupo y sus socios. La cláusula, contenida en el apartado c) del artículo 231.2 LSC, no puede interpretarse literalmente, sino que incluye a cualesquiera entidades pertenecientes al grupo. Sin embargo, la disposición posee un efecto expansivo, ya que convierte en transacciones vinculadas todas las operaciones del grupo, con la consiguiente restricción a su funcionamiento ordinario, lo que desincentiva el recurso a la figura.

El cumplimiento de los trámites de notificación, abstención y solicitud de la dispensa de los conflictos de interés incumbe al representante. El régimen de las operaciones vinculadas contiene una serie de obligaciones que presentan perfiles particulares en el supuesto de hecho. En primer lugar, la obligación de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad y, en especial, las operaciones de asistencia financiera, pueden limitar la operativa del grupo al que pertenezcan la sociedad y la persona jurídica administradora. En tales supuestos, cabría amparar la operación en el interés del grupo. La misma solución es aplicable al aprovechamiento de oportunidades de negocio o a la utilización del nombre de la sociedad. Si gestora y administrada pertenecen a un grupo, el hecho de que la primera utilice el nombre de la otra no nos sitúa ante una infracción del deber de lealtad. Por otro lado, si el representante fuera retribuido por la persona jurídica administradora, esta percepción no quedaría subsumida en el apartado e) del artículo 229.1 LSC.

La prohibición de competencia impide a ambos sujetos desarrollar actividades competitivas con aquéllas a las que se dedique la sociedad. Si la administradora y la sociedad pertenecieran al mismo grupo, es probable que sus objetos presenten carácter complementario o que la gestora sea la entidad *holding*, por lo que desarrollará su objeto de forma indirecta. El nombramiento de una persona jurídica como administradora no equivale a una dispensa para la realización de actividades concurrenciales. Tan sólo implica que la sociedad no considera que exista una relación de competencia efectiva, lesiva para el interés social en el concreto momento del nombramiento. El inicio de actos de competencia por parte del ente gestor se somete a las reglas generales, por lo que el representante deberá recabar la correspondiente dispensa (art. 230.3 LSC).

El elemento clave en el régimen de responsabilidad de la institución es el carácter solidario de la responsabilidad del administrador persona jurídica y su representante persona física. Su finalidad es la tutela del tráfico, estableciendo una presunción de culpa colectiva y minimizando la necesidad de indagar en las vicisitudes de orden interno, que serán desconocidas por los terceros. El representante ostenta una obligación especial en relación con las directrices de su principal, consistente en enjuiciar su compatibilidad con el interés social. La solidaridad a la que se refiere el artículo 236.5 LSC es de naturaleza legal imperativa, pasiva y no uniforme. Concede a los terceros el *ius electionis* y el *ius variandi* propio de esta categoría de obligaciones. Además, no instituye un litisconsorcio pasivo necesario.

El ente administrador y su representante responden de forma solidaria con independencia de la forma que adopte el órgano. El artículo 236.5 LSC instaura una presunción de culpabilidad, de forma análoga al artículo 237 LSC, pero, en cambio, no introduce especialidades relativas a la exoneración. Por su parte,

el artículo 237 LSC tampoco se ajusta a la especialidad del supuesto. Con todo, la solidaridad no es incompatible con la individualización de culpas. Frente a las reclamaciones de responsabilidad, el ente y su representante se beneficiarán de dos clases de circunstancias exoneratorias. Por un lado, podrán aducir las previstas en el artículo 237 LSC, de forma que la actuación del representante se imputará al ente. Por esta razón, el voto favorable al acuerdo lesivo o la ausencia injustificada de la reunión por parte del representante también perjudican al titular. Al tiempo, la abstención con oposición expresa y las medidas adoptadas para minimizar el daño podrán ser aducidas por el principal. También cabrá oponer las excepciones propias de los deudores solidarios. Sin embargo, las de carácter personal se encontrarán limitadas, pues el ente administrador no podrá oponer la insuficiencia de poder de representación o la extralimitación de su representante cuando la responsabilidad proceda de acuerdos u operaciones adoptadas por el órgano de administración de la sociedad. Esta circunstancia sólo permitiría al ente excusar su responsabilidad por faltas autónomas de lealtad del representante.

Ambos sujetos son también responsables solidarios con los demás administradores. Formalmente, les corresponde una sola cuota de responsabilidad, que podrá repartirse entre ellos según su contribución al daño o con arreglo a los pactos que estimen conveniente. En sede de responsabilidad del administrador persona jurídica, poseen relevancia los llamados incumplimientos fiduciarios autónomos. Consisten en infracciones de los deberes de diligencia y lealtad en los que sólo intervenga uno de ellos, sin la concurrencia del otro. La falta de concurrencia debe entenderse como la ignorancia no culpable, de forma que quien aduzca esta circunstancia no debía estar obligado a conocer, generalmente, por exigencia de su deber de diligencia. Las infracciones autónomas de la persona jurídica se deberán, por lo general, a

que el ente haya incumplido sus obligaciones específicas derivadas del deber de diligencia (la designación o sustitución de su representante). Por su parte, las infracciones independientes del representante serán, con mayor probabilidad, faltas de lealtad ignoradas por el ente administrador. Las instrucciones contrarias al interés social entrañan responsabilidad para ambos. Por último, el conflicto de interés indirecto que afecta a personas carentes de vínculo alguno con el representante merece una valoración *ex casu*.

En la vertiente interna, la persona física y su representante pueden establecer aquellos pactos relativos a la distribución de la responsabilidad adecuados a las particularidades de su relación. Tales circunstancias no resultarán oponibles frente a los terceros. Las acciones de responsabilidad podrán ser ejercitadas frente a cualquiera de los dos sujetos o frente a ambos conjuntamente, ya que el reclamante se beneficia del *ius electionis*. Tanto el representante, como el ente administrador, son legitimados pasivos de la acción social, de la acción individual, y de la acción de responsabilidad por obligaciones sociales. Sin embargo, el ejercicio de las acciones de responsabilidad debe respetar las reglas generales sobre la comparecencia en juicio, ya que sus intereses pueden ser divergentes en el proceso.

Si el administrador o su representante fueran socios de la administrada, deberán abstenerse de votar en el acuerdo de transacción de la responsabilidad en la que hubieran incurrido, por indicación del artículo 190.1.c) LSC. El acuerdo de promover la acción de responsabilidad frente al ente, determina el cese de ambos. En cambio, si el acuerdo se refiere sólo al representante, el ente podría conservar su cargo. La acción individual sólo podrá interponerse con fundamento en circunstancias relativas a las funciones que ambos sujetos desarrollen como administradores. La acción de responsabilidad por obligaciones sociales puede dirigirse frente al ente gestor y frente a su

representante. En caso de que el representante cesara en el cargo, su responsabilidad sólo se extingue si el abandono del mandato resultara legítimo y tempestivo.

FINDINGS

INSTITUTIONAL FOUNDATIONS AND LEGAL POLICY STRATEGIES

I. CORPORATE BODIES AS BOARD DIRECTORS WITHIN THE BUSINESS ENVIRONMENT

1. Corporate directors are juridical persons (corporate bodies) holding a position on their own name on the board of directors of a public or private company, but may also appear on a partnership limited by shares. Such a phenomenon primarily concerns Company Law, as it relies upon the convergence of two core elements, namely, an entity to which the legal system attributes legal personality and a board membership, which a company (the managed or directed company) attributes to the former. Corporate directors are legitimate directors, sitting on the board on their own name and behalf. Jurisdictions admitting corporate directors shall build up their legal regime on the premise of an equal treatment principle between corporate directors and any other director who is a natural person.

2. As any other director, the corporate director is part in an organic-contractual relationship. In the case of Spain, only delegated positions within the board are based on the existence of two different legal acts, namely, the delegation of faculties itself (which may be equated with a *Bestellung*) and a contractual relationship or *Anstellung*.

3. The board of directors is a necessary organ. This principle is not abrogated nor nuanced whenever an entity is appointed to the board. The fact that a legally autonomous entity holds the powers attached to a board seat does not necessarily entail the abdication of authority of the board, as the corporate director itself shall comply with the duties and liabilities arising from the position. The *intuitus personae* consideration may also apply to corporate directors, as it is generally accepted that, the managed company will take into account, both objective and subjective circumstances.

4. Corporate directors differ from other Company Law institutions which may present similar features. They are not a mere prerogative conferred to a particular shareholder in order to appoint board members or increase their voting power. Corporate directors are not necessarily property directors, as each institution refers to a specific criterion. Corporate directorships concern subjective requirements to access the board, while property directors relate to the allocation of power within the board. However, corporate bodies may be appointed to the board on the grounds of their corporate relationships, namely, because they belong to the same group as the managed company.

5. Corporate directors functionally resemble management agreements (*Betriebsführungsverträge*). They are seen as an alternative to corporate directors in jurisdictions prohibiting corporate directors, such as Germany. Despite convergence in the function, corporate directors are formally different, as the contractual manager will not submit to fiduciary duties arising from a board membership. Furthermore, management agreements increase the risk that the board abdicates from its supervisory authority, and, therefore, present frictions with the principle of necessity.

6. By admitting that juridical persons are awarded legal capacity, it shall be accepted that they may manage or direct business affairs. Any internal circumstances affecting juridical persons do not strictly concern Company Law. Nevertheless, they may affect the subsistence of the position, and, therefore, the managed company shall take them into consideration. During winding-up and liquidation their aptitude to hold a board membership remains, although their purpose does not necessarily collide with such activity. Once a legal entity has entered insolvency proceedings, it may retain the board position, as long as they qualify to carry out entrepreneurial activity.

7. Corporate directors need not be shareholders. Generally, the position will appear as part of their purpose (described on their by-laws or any other constitutional act) or as an instrumental activity to it (this will be the case of holding companies). From the perspective of their purpose, being a shareholder may reinforce instrumentality. Prior to the acceptance, the directors of the entity shall apply an *ex ante* instrumentality test, determining whether the position directly or indirectly suits the corporate director's purpose. In certain cases, an amendment of the by-laws may be needed in order to widen the scope of its purpose.

8. Corporate directors do not only concern subjective requirements, but also provide a wide variety of entrepreneurial legitimate effects. Firstly, they reinforce factual control over the directed company, allowing direct management. However, the nomination of one or more legal entities as board members may affect power allocation and reinforce entrenchment, undesirable effects in European public listed companies, which have been described as concentrated ownership structures. Natural persons are dispelled from the board position, and, although this effect is

usually related to fraud, it actually minimises risks related to human life, such as death, illness or circumstances affecting capacity. On the other hand, they enable pyramidal and spiral structures. Placing a legal entity instead of a natural person on the board may be intended to avoid liability arising from the exercise of directorial powers and duties. However, such risks are not exclusive of corporate directors, but derive from the combination of entity shielding and affirmative asset partitioning.

9. Legal effects deriving from the appointment of a corporate directors present different applications within the business environment, which business operators may exploit. Firstly, it may be a means for management outsourcing, while subjecting the external manager to a strict fiduciary regime. Interim management may as well use corporate directors. Public owned companies and public administrations may benefit from legal effects following from corporate directors, for instance, minimising the effects that political control changes may have on public owned companies and their governance. Public administrations as corporate directors shall not be excluded by the fact that the latter shall not hold shares or be a member in entities where they assume personal and unlimited liability for the company's debts.

10. Groups of companies may benefit from synergic management by placing entities on the board. A service company does not have its own operative activity, but its purpose is to assist the managed companies. This application of service companies may be taken into account in order to develop a simplified regime for service companies, which is foreseen by European initiatives. The parent company may assume the task itself. This can strengthen control by means of a direct managerial attachment between the mother company and the subsidiaries. However, fiduciary duties and special provisions for related party transactions for

corporate directors have a deterrence effect upon this practice. In jurisdictions which do not foresee special claims against parent companies, such as Spain or France, such possibility allows claimants to directly pursue the parent by means of derivative actions against the subsidiary's directors (one of whom is the parent company). This conclusion makes it possible to anticipate that jurisdictions allowing corporate directors, but expressly foreseeing Group law provisions will confront difficulties. In another constellation, subsidiaries may be part of the parent's board. In such case, they would intervene in the policy making process and, therefore, they would materially adopt decisions which may eventually be harmful for them.

11. As a matter of principle, corporate directors shall be treated as natural persons with regard to presumptions of control (art. 42 *Spanish Commercial Code*). This means that, although factual control is reinforced, this effect can only be established *ex casu*, because it will depend on the composition of the board. It will be necessary to determine whether the entity is the sole director or if the majority of directors belong to the group.

12. Operative advantages and fraudulent misuses of corporate directorships shall be balanced by legislators. Some jurisdictions find risks higher than the potential benefits to the institution and try to eliminate them by simply prohibiting legal entities to sit on boards (this is the case of Germany), while others have designed special solutions to cope with this threat (this is the case of France, Spain or Belgium).

II. LEGAL POLICY STRATEGIES: EVOLUTION AND STATUTORY REGIME

13. Admission or prohibition of corporate directors relies on a policy decision which may be adopted by legislators. In the European framework, policy approaches derive from a dogmatic discussion first initiated in the last decades of the 19th century. A different approach in the *organicism* principle (*autorganicismo*, *Selbsorganschaft*) contributes to explain the current regulatory divergence between French-influenced models, which expressly admit corporate directors and the German prohibition.

14. The United States do not present a comparable debate to the one held among European scholars between the end of the 19th century and throughout the 20th century. This may be due to the fact that US jurisdictions have not developed a discipline among the requirements a person shall meet in order to be eligible for the board. In this country, similar effects may be achieved by means of management agreements.

15. Corporate directorships may be understood as an instrument for regulatory competition, as long as differences between member States persist. This is shown by the fact that the discussion on the convenience of maintaining the prohibition re-emerges whenever a European instrument expressly foresees this possibility (for example, in the case of the *Societas Europaea*, the *Societas Privata Europaea* and the *Societas Uniuus Personae*). The procompetitive effect of corporate directors is nuanced by the limited effect of regulatory competition itself within the European framework. However, the fact that the United Kingdom plans to introduce exceptions to the general prohibition now contained in section 156A of the

Companies Act 2006 suggests that the flexibility corporate directors provide is foreseen as a competitive element.

16. European legal instruments have not reached consensus when it comes to admitting or prohibiting corporate directors. Instead, they always lay down a remission to the member State of domicile. A high level of path dependency in a number of countries suggests difficulties towards convergence. Nevertheless, the French model, which imposes that the legal entity appoints a permanent representative who is a natural person, prevails in the European context, including the *SE Regulation*, France itself, Belgium, Spain and Italy. Forthcoming European initiatives shall take into account two main factors: 1) a path-dependency approach among national jurisdictions; 2) a remarkable risk of liability insulation whenever jurisdictions do not impose the appointment of a permanent representative, specially, if courts are reluctant to impose liability on mediate managers.

17. The analysis of particular jurisdictions suggests that French model is preferred. In the case of Italy, it is arguable that article 47.1 RESE shall be extended by analogy to domestic public and private companies. Appointing corporate directors is fully compatible with the *codice civile* in both companies and partnerships. However, an extensive analogy of article 47.1 RESE cannot be sustained as a general solution, given the fact that in force domestic provisions do not require the nomination of a permanent representative liability. Although Notarial Authorities and lower courts take this position, the Italian legislator should decide whether it takes the comparative lead. In Spain, the absence of a specific regime for the permanent representative was not justified in a rational policy strategy. Indeed, the loophole led to difficulties, as it was necessary to apply the *de facto* director doctrine to permanent representatives.

18. The case of the French *société par actions simplifiées* suggests that the business environment may already be attached to the practice of appointing one person who is a permanent representative. Apparently, business operators prefer this solution and include it in the by-laws of the SAS because it enhances legal certainty and deters liability of mediate managers (the directors of the corporate director). However, *de lege data*, this solution may be incompatible the legal provisions imposing joint and several liability for all mediate managers.

19. Personal accountability and liability arising from board functions (both in the *Vorstand* and *Aufsichtsrat*) are the main dogmatic arguments sustaining the prohibition in the German *Aktiengesellschaft* and the *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*. Alternative solutions with a relatively high degree of acceptance, namely, management agreements, enhance this approach. From a policy perspective, it is arguable that partnerships limited by shares may appoint a corporate director (*rectius*, an entity who is the personally liable partner and, therefore, the natural manager of the company), and public and private companies limited by shares cannot.

20. The directors of the corporate director or mediate managers are key actors to the issue. Formally, they are seldom given any relevance in French-influenced models as it is the permanent representative who discharges all tasks and duties arising from the board membership. On the opposite side, the solution envisaged for the French SAS appears excessive, as it holds them jointly liable with the corporate director.

III. LEGAL POLICY STRATEGIES (II): THE *DE FACTO* CORPORATE DIRECTOR

21. Divergent normative solutions when it comes to legal entities on boards show different results in the application of the *de facto* director doctrine, both in company litigation and insolvency proceedings. In this sense, those jurisdictions allowing legal persons to be board members (namely, Spain and France) do not face any obstacle qualifying legal entities as *de facto* directors and extend this doctrine not only to parent companies, but also to financial creditors and, seldom, to public administrations. On the contrary, under §76.3 AktG and § GmbHG the director shall be a natural person. Consequently, the German *Bundesgerichtshof* denies that this doctrine can be applied to legal entities. This approach is shared by the Delaware Chancery Court. However, it is dogmatically incorrect to sustain such approach in the normative prohibition, as it may also prevent from declaring that minors or disqualified natural persons are *de facto directors*. The thesis can be sustained by a policy approach, as the German model foresees special solutions for analogous problems, namely, Group law in the case of public companies.

22. Between the Proposal for a Ninth Directive and the *Forum Europaeum Konzernrecht* a number of proposals were willing to accept that the parent company could be held liable as *de facto* director. However, European Member States domestic law has evolved in a way which questions the suitability of this solution.

23. The reform of section 155 of the Companies Act can be explained after *Hydrodan*, *Hall and Holland*, three leading cases in which the courts were reluctant to consider mediate managers as *de facto* and or shadow directors. The *hat identification test*, currently used to apply these institutions, preserves the Salomon

doctrine and allows that directors of corporate directors insulate for liability. However, the prohibition of corporate directors in the United Kingdom will not lead to a similar approach as the one taken in Germany or Delaware. Instead, section 156 of the Companies Act expressly claims that the ban for corporate directors does not preclude the application of the *de facto* director doctrine.

24. In the case of Italy, the position of the *Tribunale di Milano* against *de facto corporate directors* cannot be shared. It states that whenever a corporate director appears (either *de iure* or *de facto*), a natural person would have had to be appointed as permanent representative. Otherwise, the corporate director would have infringed its legal obligation. However, such obligation is not expressly imposed to corporate directors in domestic public and private companies, but it follows from an arguable interpretation of the *SE* Regulation. In addition, as in the German case, non-compliance with specific duties or requirements to become a *de iure* director does not preclude from being declared a *de facto* or a shadow director. The correct approach to the issue shall be based on the existence of a Group Law regime.

25. Shadow directorship will generally suit better the actions an entity carries out in relation to the management of another, as they will have issued instructions or directed the managed company's policy. However, national courts do not always accept a distinction between the latter and *de facto* directorships. In certain cases, whenever the entity itself materially discharges functions or duties devolved to corporate directors, they may as well be declared *de facto* directors.

CORPORATE DIRECTOR'S NORMATIVE REGIME

**IV. HISTORICAL BACKGROUND AND IN-FORCE
NORMATIVE MODEL**

26. The Spanish *Reglamento del Registro Mercantil* played a significant role in the consolidation of corporate directors. However, the origin of article 122.11 of its first version from 1929 has not been identified. On the grounds of this provision, since the second half of the 20th century, a wide majority of Spanish scholarship inclined in favour of the institution and such an approach highly influenced legislators. Historically, the Spanish legislator was strongly influenced by comparative models. In two occasions, the German prohibition was unsuccessfully drafted in preparatory works. Eventually, the French model was taken in by the *Reglamento del Registro Mercantil* in 1989.

27. Policy choices on corporate directors do not usually follow from a typological debate, although Italy and Germany may be an exception. In the case of Germany, admitting that the personally liable partner of a partnership limited by shares may be a juridical person derives from an interpretation of its typological features. In the case of Italy, the solution expressly laid down by the *codice civile* for partnerships is then extended to companies.

28. In the case of European companies, article 47.1 *SE* Regulation allows corporate directors whenever domestic law does not forbid them, but the by-laws of the company shall always expressly foresee this possibility. The equal treatment principle (art. 9 *SE* Regulation) prevents Member States from applying a different criterion from the one foreseen for domestic public companies. Therefore, Member

States banning corporate directors could only make use of the possibility given by article 47.1 of the Regulation by modifying the general prohibition, both in one tier and two tier board systems.

29. In Spanish partnerships limited by shares the managing partner may be a legal person. Technically, the corporate director will also have to appoint a permanent representative, according to article 212 *bis* LSC, but this effect was probably not foreseen by legislators, although it derives from the remission contained in article 252 LSC. However, in such cases, *de lege ferenda*, a subjective denomination of the company shall be imposed, in order to inform third parties about the fact that the members of the corporate director.

30. In the case of public listed companies, no additional arguments sustain a different approach. Listing requirements may state otherwise, but governance may be enhanced by the fact that the group scheme is clearly portrayed by the composition of the board. Corporate directors may enhance entrenchment of the controlling group, as they will be allowed to place controlled companies on the board.

V. THE PERMANENT REPRESENTATIVE OF A CORPORATE DIRECTOR

31. The permanent representative shall also be considered a Company Law institution, but presents a hybrid legal nature. From an *ad intra* perspective, French law conceived the relationship between the corporate body and the natural person as a representative agency relationship (*mandato rappresentativo*). In the case of Spain, two different elements shall be identified. On one hand, an underlying

contract between the corporate and the permanent representative appears. Article 212 *bis* LSC defines its content as the exercise of tasks attached to a board position. On the other hand, the corporate director shall confer authority to this natural person. Authority may be given at the time the contract is concluded, but may also derive from a preexisting legal bond between the corporate director and the permanent representative. If the functions arising from a board position can be covered by the power conferred by another legal bond, it can be argued that the new legal bond will be absorbed by the preexisting relationship.

32. From an *ad extra* perspective, the permanent representative is the only person entitled to act *vis-à-vis* third parties to discharge all tasks arising from the board position, on behalf of the corporate director. This person shall not be identified with a mere *nuntius*, who passes on her principal's will. Indeed, article 236.5 LSC imposes him the same duties and liabilities as if he was a director himself. This means he may be held liable for instructions issued by the corporate director. Internally, both parties may establish, but such circumstances would not be opposable to third parties.

33. Given the fact that the permanent representative sits on the board as if she was a director herself, she shall be treated as a Company Law organ. This means that her authority cannot be limited *vis-à-vis* third parties acting in good faith, in accordance with article 10.2 of the First Company Law Directive or, specifically, article 234 LSC. Otherwise, the company or the corporate director could claim that they are not bound by the acts of a permanent representative as this person lacked authority to conclude a specific operation and, therefore, the institution would challenge the First Company Law Directive. The corporate director may not

exonerate from liability because its permanent representative lacked authority. If such thing happened, the corporate director would have breached their legal duty to appoint a natural person and properly authorize them to discharge every act or task arising from the position. Misrepresentation may be opposable against the company when she knew or could not ignore in good faith.

34. Where the corporate director is a company itself, the need to appoint a permanent representative is also compatible with the First Company Law Directive. It is generally admitted that legal provisions may introduce exceptions to director's authority and these circumstances will be opposable to third parties. In this case, the appointment of a permanent representative is imposed by a legal provision and is only applicable whenever the corporate director is in office.

35. The permanent representative of a corporate director presents particular features, which derive from the interpretation of articles 212.1, 212 *bis* and 236.5 LSC. He or she shall be a natural person. Otherwise spiral structures in which an entity is permanently represented by another juridical person may appear. Every corporate director shall immediately appoint them when entering into office. The position is exclusive, meaning that no other agent or representative of the legal person will be entitled or authorised to exercise her functions. Mediate managers are excluded from exercising any task related to board functions of the managed company that may have external legal relevance. Although the corporate director may dismiss the representative, this feature restricts such prerogative. Consequently, the substitution of a permanent representative shall be timely, justified and non-arbitrary.

36. The problem of autonomy refers to the possibility that the position as permanent representative is subsumed within a preexisting legal relationship between the legal entity and the natural person. By integrating previous doctrinal discussion, it can be claimed that the already mentioned necessary features shall not be modified by the parties. With this limit, freedom of contract may establish the independence of each legal link or, otherwise, accept that the functions arising from the board membership are absorbed by a preexisting contract. In such cases, the preexisting legal bound shall confer authority to the permanent representative. Finally, if parties have not stipulated anything, the rules on the mandate contract or the commission shall apply.

37. Consequently, the default regime of a permanent representative shall be the result of combining its Company law features with the mandate contract. As a result, the corporate director may issue instructions which are binding for the permanent representative. However, the business judgment rule, which applies to the permanent representative on the grounds of article 236.5 LSC, requires that she scrutinizes the compatibility of the instruction with the interest of the directed company. In case of a punctual conflict, the representative may abstain from executing the instruction. It is possible that the contradiction between the interest of the managed company and the corporate director reflects a conflict of interest, which the permanent representative shall notify. Given the fact that the corporate director is subject to fiduciary duties *vis-a-vis* the directed company, not following instructions which are incompatible with its interest shall not generate liability for the permanent representative *vis-à-vis* her principal.

38. A shareholder or member, a director or manager or an employee or the corporate director may hold the position as permanent representative. The relevant

element in order to determine whether the latter is subsumed into the former is the existence of authority. Therefore, the position cannot be absorbed by an ordinary labor law relationship and is radically different from the condition of member of shareholder of the entity.

VI. CORPORATE DIRECTOR'S AND PERMANENT REPRESENTATIVE'S LEGAL REGIME (I)

39. Both the corporate director and its permanent representative are subject to the in-force legal regime applicable to directors who are natural persons. On their side, mediate managers are not directly subject to Company law provisions, although their behavior may be relevant as it will determine the corporate director's.

40. Subjective requirements concerning the permanent representative stress the need to strike a balance between the corporate director's freedom to select the natural person that will represent them and the interest of the managed company in controlling whoever holds authority or managing power upon it.

41. The permanent representative shall fulfill any requirements provided by-laws, the corporate director cannot fulfill, namely, conditions related to age, professional capacity or other qualifications. In terms of gender balance, whenever statutory or contractual provisions are applicable, corporate directors shall not be taken into account to determine the number of board members. This interpretation is coherent with the corporate director's freedom of choice, but may lower compliance with governance standards. If the by-laws require directors to hold shares of the company, such requirement should not affect the permanent

representative. This will not reduce her *affectio societatis* as she will still be subject to her principal's authority.

42. The managed company shall not restrict the corporate director's freedom of choice by introducing special requirements for permanent representatives into its by-laws. Such hypothesis must be narrowly interpreted and subject to a pertinence test. This means that they may only be exceptionally permitted if the interest of the managed company justifies such restriction. However, they shall not be used to tear apart a specific corporate director.

43. Before appointing its permanent representative, a corporate director shall consider whether the selected person holds authority to discharge their duties. The representative can hold authority on the grounds of a previous legal bound (for example, because she is a director of the corporate director). Otherwise, authority shall be conferred.

44. Prohibitions foreseen in article 213 LSC apply to both the corporate director and its permanent representative. An exception shall be made when provisions presume that the director is a natural person: not being of full age, criminal offences which the Criminal Code only foresees for natural persons and legal incompatibilities referring to individuals. Such provisions cannot be interpreted in an extensive way and, therefore, do not apply to corporate bodies.

45. Disqualification concerns both natural persons and legal entities. *De lege data* this sanction applies to persons, which are considered "concerned by negligent bankruptcy" (*personas afectadas por la calificación*). However, disqualification may endanger the existence of the entity itself. Consequently,

such circumstance may be taken into account when determining if a legal entity shall qualify as “concerned party”. The lack of capacity to carry out commercial activity does not disqualify entities not having a commercial purpose for the board.

46. If the appointment of a corporate director is conflict with requirements borad members shall meet, the resolution may be challenged. The appointment of a permanent representative only concerns the corporate director and, consequently, it cannot be challenged as if it were a company’s resolution. However, it can be argued that the company, its directors and shareholders hold a legitimate interest against the corporate director’s resolution, which may be challenged on the grounds of article 236.5 LSC.

47. Generally, the representative organ of the corporate director will accept the nomination. Acceptance is different from the external manifestation of the corporate director’s will, which will often take place in the General Meeting of the managed company. Article 141.2 of the *Reglamento del Registro Mercantil* shall not be understood in the sense that the corporate director may not pass a resolution accepting the position before the nomination is agreed by the General Meeting. *De lege data* the *Registro Mercantil* will not require that mediate managers are identified. However, *de lege ferenda* this option would enhance transparency whenever the existence of the juridical person is not recorded in a public register (this may be the case of civil societies, but also companies, which have not yet complied with registration requirements).

48. The representative organ of the corporate body will appoint the permanent representative, unless the juridical person has foreseen otherwise. The managed

company may only intervene by increasing the information that the juridical person shall facilitate prior to designation. The managed company does not have a veto power and cannot subject the appointment to authorization.

49. In public listed companies, preparatory documents shall be issued prior to the appointment and they shall also concern the corporate director and its permanent representative. As far as the legal entity is concerned, information may refer to both objective and subjective circumstances, including the implications in terms of governance, its solvency, purpose and financial records. These details shall allow shareholders cast an informed vote.

50. A corporate director will step down from office in the same circumstances as directors who are natural persons. In addition, their mandate will terminate in case their legal personality is extinguished. Extraordinary operations such as mergers, affecting a director's legal personality may also affect the contractual-organic relationship. As any other *intuitus personae* legal bond, they may be acquired by the resulting or acquirer company, unless the managed company stipulates otherwise.

51. The permanent representative shall step down from office whenever its principal's mandate terminates. The term "revocation" in article 212 *bis* 2 LSC shall be interpreted in a wide sense, including any circumstance causing termination for the permanent representative. Article 143.2 RRM stipulates that revocation will not be effective unless a new permanent representative is appointed. By doing so, the provision creates a temporal gap in which a new representative may be appointed but third parties may not know her designation.

52. The permanent representative will participate and vote during board meetings. A corporate body may only hold one position on the board. The representative cannot be a director of the managed company herself.

53. The managed company may only compensate the corporate director, who may or not compensate its agent. Any other legal bound between the corporate director or the permanent representative and the managed company shall be considered related party transactions.

54. The wording in article 249.3 LSC suggests that the executive director contract may only be passed between the company and the legal entity. A *Drittsanstellung* is not admissible under Spanish Law.

VII. CORPORATE DIRECTOR'S AND PERMANENT REPRESENTATIVE'S NORMATIVE REGIME (II): DUTIES AND LIABILITIES

55. Directors' duties and liabilities present remarkable specialties whenever a corporate director is sitting on the board. Firstly, the entity holding the position will be subject to the duties of loyalty and care, and so will its permanent representative, according to article 236.5 LSC. Mediate managers are not personally nor directly subject to these provisions, although their behavior shall somehow be relevant in order to evaluate the corporate director's compliance.

Normatively, mediate managers will probably qualify as related parties on the grounds of article 231.2 LSC.

56. In the framework of the duty of care, article 225.1 LSC enables that the nature of the director's position is taken into account in order to determine the standard of care. This means that the judge may consider whether the director is an executive or independent one. The provision shall also allow to take into account whether the person is permanent representative of a corporate director.

57. A number of special obligations derive from a corporate director's duty of care. These are not applicable to directors who are natural persons. A corporate director shall appoint a suitable permanent representative, who complies with special requirements imposed by the by-laws of the managed company. It shall ensure the representative fulfills the requirements throughout the term of office. The corporate director is responsible for the authority conferred to its permanent representative. It is also due to ensure that she keeps an adequate dedication to board functions and shall immediately proceed to cover any vacancies, as the tasks attached to the position can only be discharged by a formally appointed permanent representative. The director is also due to inform the managed company whenever the permanent representative is substituted, as well as applying for registration or urging the managed company to do so. Non-compliance with special duties may entail liability *in eligendo*, on the grounds of the duty of care. The fact that the corporate director and the natural person are bound by any other contractual relationship which entails a different standard of diligence does not alter the permanent representative's duty of care towards the directed company or third parties.

58. Decision-making formalities in the sphere of the managing entity shall be irrelevant in order to determine whether the business judgment rule applies. The duty to adequately dedicate to corporate matters mainly refers to the permanent representative as she will discharge every action required as a board member. The dedication duty applies to the corporate director in the sense that it shall display any necessary measures to facilitate the exercise of the permanent representative's duties. This includes a duty to actively supervise her performance. Their compliance duty translates into a mutual control obligation. The duty to be and remain informed about the business affairs is also a prerogative that the corporate director will generally exercise by means of its permanent representative. Information which is given to the permanent representative will be considered known by the corporate director.

59. The duty of loyalty requires that the managing entity hierarchically subordinates its own interest to the interest of the managed company. Such a requirement applies to the permanent representative as if she was a director herself. If both entities are part of a group, transactions shall be protected by the interest of the group.

60. Directors may only use their powers for adequate purposes. The relevant purposes may differ depending on the specific objectives for which the managed company may be seeking when it appoints the corporate director. The duty to act within powers may be used as a standard to determine when a permanent representative is acting in breach of their duties by concluding operations which are not comprised within the scope of given powers.

61. The duty to exercise independent judgment as well as to act without the influence of third parties (art. 228.d) LSC) is nuanced when an entity holds a position on the board. The corporate director may issue binding instructions for the permanent representative. However, she shall ensure that her principal's instructions are compatible with the managed company's interest.

62. There is no such thing as parties related to the permanent representative, but every subject personally or economically attached to the permanent representative will be considered a related party to the corporate director. In sight of article 236.5 LSC parties related to the permanent representative should constitute an autonomous category. This would reinforce the existence of breaches of duties which do not concern either the corporate director or the permanent representative. Article 231.2.c) LSC reveals excessive, as it may lead to false positives. If the corporate director or an entity in its group is a public listed company, the provisions suggests that transactions concluded by outsiders (minority shareholders or even the free float) will qualify as related. This result shall be nuanced, as such transactions would not reasonably qualify as breaches of the duty of loyalty. *De lege data*, this regime generates a deterrence effect for corporate directors because it enhances the risk of breaches of duties on the grounds of the behavior of persons, which may hold a reliable threshold or null managing power. The duty to abstain from entering into transactions and, specially, the fact that any kind of financial assistance for directors is subject to authorization may restrict group operations. The same consideration applies to the duty not to take advantage of corporate opportunities, as well as the duty not to use the company's name (art 229.1.a) and b) LSC). However, if the corporate director and the managed company belong to a group, the use of a common name or a group name does not fall within the scope of the duty of loyalty. On the

other hand, the duty not to accept benefits from third parties does not apply to compensation awarded by the corporate director to the permanent representative, in case she is remunerated for her functions.

63. The prohibition to carry out activities, which entail competition with the company bans both the permanent representative and the corporate director from taking up undertakings which may collide with those exercised by the company. If the managed company and the corporate director belong to a group, it is probable that both their objects are complementary. Appointing a corporate director to the board does not entail authorization to initiate competitive activities. If the managing entity decided to take up undertakings colliding with the company's purpose, the authorization of the General Meeting will be required (art. 230.3 LSC).

64. The corporate director and the permanent representative are jointly and severally liable, according to article 236.5 LSC. The purpose of this provision is to protect business operations, as well as third parties. It lays down a presumption that they both jointly contributed to the breach, in the same way as article 237 presumes that every director participated in the harmful decision. It, consequently, minimizes the burden of proof for third parties which may not be aware of any circumstance related to how the tasks are discharged. The liability referred to in article 236.5 LSC may be defined as legal, imperative, passive and non-uniform. Claims may be addressed to the corporate director itself, its permanent representative or both of them, as creditors will be protected by their

iurs electionis. The corporate director and its permanent representative are also jointly and severally liable with any other director.

65. Joint liability is not incompatible with the individualization of negligence or unfairness. This means that individual contribution to damage may be taken into consideration. However, the corporate director shall not oppose any circumstance regarding the lack or insufficiency of authority its permanent representative holds whenever the damage arose from a decision or resolution of the board in which the agent participated. This is due to the fact that the corporate director shall ensure their power is sufficient to exercise their duties. They are both joint and severally liable with any other director of the company. Formally, as they only hold one position on the board, they shall also hold the equivalent to one share of liability.

66. Autonomous breaches of duty refer to actions or omission in breach of the law, the by-laws or fiduciary duties which only concern one of the two relevant subjects, but in which the other one did not intervene. Generally, they will arise when the corporate director does not fulfill special obligations arising from their duty of care. Autonomous breaches of duty regarding the permanent representative will most likely concern breaches of duty which are ignored by the corporate director. They may only be determined on an *ex casu* basis, but a number of factors may be taken into account, namely, the position held by this natural person upon the corporate director and the existence of supervisory mechanisms.

67. If actions are brought against the corporate director or its permanent representative, they may oppose two categories of exonerator circumstances. On

FINDINGS

one hand, they shall be able to rely on the general circumstances applicable to every director, foreseen in article 237 LSC. This provision assumes that directors are natural persons, who shall attend and vote in favour or against the decision from which the damage arose. In the case of corporate directors, these actions may only be executed by the permanent representative. As jointly liable, they may as well oppose any personal relationship, with the exception of those related to the absence of authority.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., BIRDS, J. (ed.), *Annotated Company Legislation*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

AA.VV., *Palmer's Company Law Annotated Guide to the Companies Act 2006*, London, Sweet & Maxwell, 2007.

ABRIANI, N., *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1998.

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común”, *ADC*, 16-2 (1963), pp. 345-376.

-, *El negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.

-, “La representación”, *ADC*, 11-3 (1958), pp. 767-804.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Las sociedades comanditarias por acciones”, *CDC*, 8 (1990), pp. 7-29.

ALCALÁ DÍAZ, M^a. Á., *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1998.

-, “El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid Marcial Pons, 1999, pp. 447-496.

ALCALDE SILVA, J., “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *RDM*, 275 (2010), pp. 7-73.

ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico del contrato de gestión hotelera”, *RDM*, 237 (2000), pp. 1003-1026.

-, “Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal”, GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Derecho concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, Dilex, 2003, pp. 487-504.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales. Segunda edición”, *InDret*, 1 (2007), pp. 1-18.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., MASSAGUER FUENTES, J., “Artículo 204. Acuerdos impugnables”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 155-229.

ALLEN, W. T., KRAAKMAN, R., SUBRAMANIAN, G., *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, 4^a ed., New York, Wolters Kluwer, 2012.

ALONSO ESPINOSA, F. J., *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de Capital en sus elementos configuradores*, Madrid, Civitas, 2006.

-, “Sociedad Privada Europea: Notas para la caracterización de una nueva forma de sociedad”, PILOÑETA ALONSO, L. M., IRIBARREN BLANCO, M., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 65-84.

ALONSO UREBA, A., *La Sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid, Universidad Complutense, 1988.

-, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, 198 (1990), pp. 639-728.

-, “Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos) y no ejecutivos en la perspectiva de los artículos 133.3 (responsabilidad de administradores) y 141.1 (autoorganización del consejo) del TRLSA”, *RdS*, 25 (2005), pp. 19-69.

-, “El modelo de consejo de administración de la sociedad cotizada tras la reforma legal de 2014 y el CBG de 2015”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 27-146.

ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, *RdS*, 29 (2007), pp. 19-37, [versión electrónica].

ALTMIPPEN, H. “§ 291 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 2ª ed, vol. 5, C. H. Beck, München, 2008, pp. 359-412.

-, “Zum Vorstandsdoublemandat in einer beherrschenden AG & Co KG”, *ZIP*, 10 (2008), pp. 437- 444.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El mandato y la comisión mercantil*, Granada, Comares, 1997.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Business Corporation Act Annotated*, 4ª ed., vol. II, Chicago, American Bar Association, 2013.

ANDRIEUX, P., DIREZ, H., *Traité pratique des sociétés anonymes*, Paris, La Villeguérin, 1986.

ANTUNES, J. A. E., *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2002.

A.P.S., “La représentation des personnes morales dans les fonctions d’administrateur de sociétés”, *Gaz. Pal.*, 1 (1974), pp. 22-26.

ARANGUREN URRIZA, F.J., “La sociedad accionista”, GARRIDO DE PALMA, V. M. (coord.), *Estudios sobre la sociedad anónima*, vol. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 99-196.

ARANGUREN URRIZA, F.J., “Los órganos de la sociedad de capital. Parte segunda: el administrador. El consejo de administración”, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord. gral.), FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t. VI, vol. 2, Madrid, Civitas/Consejo General del Notariado, 2004, pp. 437-628.

ARANGUREN URRIZA, F. J., FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., “El poder de representación en la sociedad anónima: Poder orgánico y apoderamiento”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 265-364.

ARENAS GARCÍA, R., “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida”, *La Ley Unión Europea*, 28 (2015), pp. 1-11 [versión electrónica].

ARNOLD, M., “Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen”, *ZGR*, 43-1 (2014), pp. 76-106.

ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a. L., *Derecho de grupos de sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

-, “La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación”, *RDCP*, 14 (2011), pp. 97-105.

ARROYO MARTÍNEZ, I., “Artículo 133. Responsabilidad”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2^a ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1516-1544.

ÁVILA DE LA TORRE, A., “Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S. A: Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias: Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1994”, *RCDI*, 633 (1996), pp. 463-504.

-, “Artículo 161. Concesión de créditos y garantías a socios y administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1218-1221.

ÁVILA NAVARRO, P., *La representación con poder. Estudio de Derecho notarial y registral*, Madrid, Civitas, 1992.

-, “R. 11.03.1991. Sociedad anónima: Administración, por persona jurídica”, *Comentarios de Jurisprudencia Registral (1990-1993)*, Barcelona, Bosch, 1994.

BACHMANN, G., “§283 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 2ª ed., t. II, München, C. H. Beck, 2010, pp. 1159-1164.

BADOSA COLL, F., “Los fundamentos civiles del litisconsorcio pasivo necesario”, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Madrid/Murcia, Colegio Nacional de Registradores de España/Universidad de Murcia, 2004, pp. 439-460.

BAILEY, P., “BIS issues discussion paper on improving company transparency and trust”, *Co. L. N.*, 340 (2013), pp. 1-4.

BAINBRIDGE, S. M., *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002.

BALLARÍN MARCIAL, A., “Titularidad solidaria”, *AAMN*, 13 (1962), pp. 167-223.

BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, Montecorvo, 1984.

-, “Administradores”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, A. (coord.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 255-280.

BARBANCHO TOVILLAS, F. J., “El concepto de perjuicio en la deuda solidaria y su extensión al conjunto de deudores solidarios”, *RCDI*, 622 (1994), pp. 867-1000.

BARZUZA, M., CURTIS, Q., “Board Interlocks and Corporate Governance”, *Del. J. Corp. L.*, 39-3 (2014-2015), pp. 699-702.

BAUER, J., WELLER, P., “Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae”, *ZeUP*, 1 (2015), pp. 6-31.

BEBE EPALE, A., “Réforme de la représentation des femmes et des hommes au sein des conseils d’administration et de surveillance: à la recherche d’un équilibre”, *LPA*, 124 (2011), p. 4, PA201106234.

-, “Quel cadre législatif pour le cumul des mandats sociaux? ”, *LPA*, 158 (2011), p. 6, PA201108106.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *La disolución de la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas, 1997.

-, “Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, Civitas, 2004, pp. 3240-3257.

-, “La responsabilidad concursal”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 227-246.

-, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 255-304.

BELVISO, F., “Contratto di società e contratto di amministrazione nelle società di persone”, *Riv. Soc.*, 4 (2001), pp. 713-776.

BERTSCHINGEN, U., “Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organschaft”, VON DER CRONE, C. H., WEBER, R. H., ZÄCH, R., ZOBL, D. (eds.), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2003, pp. 455-477.

BETRAND, A., COIBION, A., “Shareholder Suits against the Directors of a Company, against other Shareholders and against the company itself under Belgian Law”, *ECFR* 6-2 (2009), pp. 270-306.

BHATTACHARYYA, G., “Re Hydrodan (Corby) Ltd - Shadow directors and wrongful trading revisited”, *Comp. Law.*, 15-5 (1995), pp. 151-152.

BIANCHI, L. A., “Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2013), pp. 420-463.

BINZ, M. K., SORG, M. H., “Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis?”, *DB*, 6 (1997), pp. 313-325.

-, *Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht*, 10ª ed., München, C. H. Beck, 2005.

BISINELLI, S. R., LOPATRIELLO, S., “Amministratore di s.p.a. persona giuridica: spunti di riflessione”, *Soc.*, 10 (2000), pp. 1171-1177.

BOKELMANN, B., *Personelle Verflechtungen über Aufsichtsräte*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000.

BOLDÓ RODA, M^a. C., “Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 241-282.

BOLDÓ RODA, M^a. C., MARTÍ MOYA, V., “El conflicto de intereses de los administradores en las sociedades de capital revisitado a la luz de la reciente jurisprudencia”, *RdS*, 41 (2013), pp. 445-472.

BOLOGNESI, C., “La persona giuridica amministratrice di società di persone: analisi e superamento degli argomenti ostativi”, *Riv. Not.*, 2 (2011), pp. 289-334.

BONARDELL LENZANO, R. CABANAS TREJO, R., *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

BONELLI, F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 1^a ed., Milano, Giuffrè, 1985.

BOQUERA MATARREDONA, J. “Artículo 133. Requisitos subjetivos y unipersonalidad”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pp. 72-78.

-, “Sociedad Anónima Europea con domicilio en España”, *Not. UE*, 252 (2006), pp. 35-56.

-, “La representación de los accionistas por las entidades de crédito en la junta general”, GONZÁLEZ CASTILLA, F., MARIMÓN DURÁ, R., RUIZ PERIS, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho del mercado financiero*.

Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 25-40.

-, “La competencia para convocar la junta general”, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J. ALONSO ESPINOSA, F. J. GALLEGO SÁNCHEZ, E. (dirs.), PETIT LAVALL, M^a. V. (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 189-208.

-, “Las modificaciones del funcionamiento de la Junta General de las sociedades de capital”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 410-440.

BOQUERA MATARREDONA, J., LATORRE CHINER, N., “La Sociedad Privada Europea”, *RdS*, 33 (2009), pp. 97-128.

BORK, R., “Bankenhaftung wegen Durchsetzung eines konkreten Sanierungsberaters”, *WM* 39 (2014), pp. 1841-1852.

BORRAJO DACRUZ, E., *Altos cargos laborales: régimen legal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1984.

BRANDES, S. M., *Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

-, “Europäische Aktiengesellschaft: Juristische Person als Organ”, *NZG*, 14 (2004), pp. 642-649.

BROSETA PONT, M., “Las empresas públicas en forma de sociedades anónimas”, *RDM*, núm. 99 (1966), pp. 267-290.

-, “Reforma del Derecho de Sociedades Anónimas”, AA.VV., *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 183-203.

BUHNER R., “Management-Holding in der Praxis. Eine empirische Untersuchung deutscher Unternehmen”, *DB*, 6 (1993), pp. 285-290.

BULLE, J-F., *Le statut du dirigeant de société*, Paris, La Villeguerin, 1996.

BUSCHBAUM, J., KLÖSEL, D., “Interim Management aus Sicht der arbeitsrechtlichen Vertragspraxis”, *NJW*, (2012), pp. 1482-1485.

CABANAS TREJO, R., M BONARDELL LENZANO, R., “Artículo 8. Escritura de constitución”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 117-137.

-, “La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad”, *Diario La Ley*, 8494 (2015), pp. 1-7 [versión electrónica].

CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores: excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, Edersa, 1980.

-, “Artículo 38 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 242-247.

-, “Artículo 1137 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 117-120.

-, “Artículo 1140 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 125-127.

CAGNASSO, O., “Persona giuridica amministratore di fatto di società”, *Giur. It.*, 2 (2012), pp. 2588-2590.

CALVO CARAVACA, A.-F., “Artículo 38 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 103-115.

CAMPBELL, N. R., “Liability as shadow director”, *J.B.L.*, 11 (1994), pp. 609-614.

CAMPINS VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos sociales”, *RDM*, 242 (2001), pp. 1685-1710.

-, “Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos: especial referencia al ámbito de cobertura del seguro”, *RDM*, 249 (2003), pp. 981-1014.

CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 2000.

-, “La sociedad limitada nueva empresa”, PEÑA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Libro Homenaje a D. Íñigo Cavero Lataillade*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 937-956.

-, “La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles”, MERCADER UGUINA, J. R. (coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 435-452.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “De la representación”, *RCDI*, 418-419 (1963), pp. 161-195.

CANO FERNÁNDEZ, E., “El aspecto formal de la representación de las sociedades mercantiles. La ejecución de los acuerdos sociales”, *RCDI*, 591 (1989), pp. 1153-1182.

-, “Representación de Sociedades Anónimas”, *RCDI*, 598 (1990), pp. 1053-1116.

CAPILLA RONCERO, F. S., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1984.

CAPRASSE, O., “Personne morale administrateur et comité de direction”, *DA-OR*, 64 (2002), pp. 328-343.

CARANO, C., “Responsabilità per direzione e coordinamento di società”, *Riv. Dir. Civ.*, 50-3 (2004), pp. 429-438.

CASERO MEJÍAS, M., “El nuevo Reglamento de registro mercantil”, *RdS*, 7 (1997), pp. 71-97.

CASTAÑER CODINA, J., “Régimen jurídico del administrador persona jurídica (introducción del nuevo art. 212 *bis* LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FARRANDO MIGUEL, I., GONZÁLEZ CASTILLA, F. (dirs.), *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 237-260.

CASTELLANO RAMÍREZ, M^a. J., “El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia”, *RdS*, 23 (2004), pp. 117-144.

-, “Artículo 232. Deber de secreto”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1664-1674.

CAUSSAIN, J-J., *Le directoire et conseil de surveillance de la société anonyme*, Paris, Litec, 2002.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., “Algunos apuntes sobre el llamado presidente ejecutivo en el proceso de reforma del gobierno corporativo español”, *RDBB*, 136 (2014), pp. 269-281.

CECCHI, P., *Gli amministratori di società di capitali*, Milano, Giuffrè, 1999.

CERDÁ MARTÍNEZ PUJALTE, C., “Deber de lealtad y conflictos de interés de los administradores, con especial referencia a los deberes de las sociedades cotizadas”, GONZÁLEZ CASTILLA, F., MARIMÓN DURÁ, R., RUIZ PERIS, J. I. (coords.), *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 41-66.

CETRA, A., “La persona giuridica amministratore di una società a responsabilità limitata o società per azioni nella massima n. 100 del Consiglio notarile di Milano”, *Riv. Dir. Soc.* 3 (2008), pp. 679-693.

-, “La persona giuridica amministratore nelle società”, AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 107-127.

-, *La persona giuridica amministratore*, Torino, Giappichelli, 2013.

CHAMBOULIVE, J., *La direction des sociétés par actions aux États-Unis d'Amérique*, Paris, Sirey, 1964.

CHAMPAUD, C., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962.

CHEFFINS, B. R., *Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2002.

CONAC, P-H. “Directors’ Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level”, *ECFR*, 2 (2013), pp. 194-226.

-, “The Societas Unius Personae (SUP): A *Passport* for Job Creation and Growth”, *ECFR*, 12-2 (2015), pp. 139-176.

CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural: (procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, *RDM*, 153-154 (1979), pp. 411-460.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., PÉREZ TROYA, A., *Fusión de sociedades*, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IX, vol. II, Madrid, Civitas, 1992.

COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

COTTINO, G., “Società (diritto vigente): società per azioni”, AZARA, A. EULA, E. (dirs.), *Novissimo digesto italiano*, t. XVII, Torino, Utet, 1970, pp. 570-670.

COX, J. D., HAZEN T. L., *Treatise on the Law of Corporations*, 3^a ed., Thomson Reuters, St. Paul, 2010.

COZIAN, M., VIANDIER, A., DEBOISSY, F., *Droit des sociétés*, 26^a ed., Paris, LexisNexis, 2013.

CRISTÓBAL MONTES, Á., “Excepciones oponibles por el deudor solidario”, *RDP*, 74 (1990), pp. 863-874.

CUENCA GARCÍA, A., “Artículo 139. Órgano de administración”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003, pp.137-148.

-, “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España. El sistema dual,” BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 283-345.

DALSACE, A., “L’administration et la direction des sociétés anonymes et le projet de loi sur les sociétés commerciales”, *RTDC*, 18 (1965), pp. 2-22.

DAVIES, P. L., *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 7^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2003.

DAVIES, P. L., RICKFORD, J., “An Introduction to the New UK Companies Act”, *ECFR*, 5-1 (2008), pp. 48-71.

DAVIS, K. B. JR., “Judicial Review of Fiduciary Decision making. Some Theoretical Perspectives”, *Nw. U. L. Rev.*, 1 (1985), pp. 1-99.

DE ARRILLAGA, J. I., “Consejo de administración”, MASCAREÑAS, C. E. (dir.), *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, Barcelona, Francisco Seix, 1950, pp. 1-26.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991.

DE COSSÍO CORRAL, A. “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica”, *ADC*, 7-3 (1954), pp. 623-654

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La revocación del mandato y del poder”, *AAMN*, 4 (1948), pp. 551-668.

-, *Estudios de Derecho mercantil*, 2^a ed., vol. II, Madrid, Edersa, 1978.

-, “La administración de la sociedad anónima”, *RJN*, (1992), pp. 51-153.

DE LACY, J., “The Concept of a Company Director: Time for a New Expanded and Unified Statutory Concept”, *J.B.L.*, 3 (2006), pp. 267-299.

DE PRADA GONZÁLEZ, J.M., “La persona jurídica administradora de una sociedad anónima”, AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2295-2338.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER, N., “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 3 (1997), pp. 499-521.

DEL GUAYO CASTELLA, I., “Atribución al Consorcio Insular de Aguas de Lanzarote de la condición de administrador de hecho de una sociedad pública cuyo único accionista es el consorcio”, *RDGP*, 17 (2012), pp. 185-193.

DEL VAL TALENS, P., “Conflicto de interés y dispensa al apoderado en las sociedades de capital. Comentario a la RDGRN 6078/2015, de 28 de abril”, *RJN*, 94 (2015), pp. 445-460.

-, “Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de julio de 2014”, EMBID IRUJO, J. M. (dir.), M^a M. ANDREU, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (coords.), *Archivo Compendio de Jurisprudencia Societaria (2013-2014)*, Granada, Comares, 2015, pp. 160-165.

-, “Legal entities as board directors: another entrenchment mechanism for European public companies”, HEIDERHOFF, B., QUEIROLO, I. (eds.), *European and International Cross-Border Private and Economic Relationships, and Individual Rights*, Roma, Aracne, 2016, pp. 279-310.

-, “Aspectos organizativos de los grupos de sociedades en el concurso: información y responsabilidad”, *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, PACIELLO, A. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2016, pp. 390-408.

-, “Los *falsos positivos* en el deber de lealtad de los administradores o demandar a la sociedad como conflicto de interés”, *RJN*, 99 (2016), pp. 607-624.

DI MAJO, A., “La responsabilità per l’attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società”, *Giur. Comm.*, 3 (2009), pp. 537-552.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

-, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2004.

-, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

DÍAZ GÓMEZ, M. A., “Notas sobre la nueva regulación de la Sociedad en Comandita por acciones en la ley 19/1989 de 25 de julio de reforma parcial y adaptación en materia de sociedades”, *Diario La Ley*, 2471 (1990), pp. 1009 y ss. [versión electrónica].

DÍAZ RUIZ, E., “La prohibición de competencia (artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital”, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 581-612.

DIDIER, P., “La flexibilité de la gouvernance de la SAS”, CONAC, P-H., URBAIN-PARLEANI, I., *La société par actions simplifiée (SAS)*, Paris, Dalloz, 2016, pp.123-135.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Repensando el litisconsorcio pasivo necesario. (Al hilo de la responsabilidad civil *proporcional* de los auditores)”, *RAD*, 5 (2015), pp. 165-178.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento”, *RCDI*, 480 (1970), pp. 1117-1146.

-, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979.

-, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., vol. II, Madrid, Civitas, 2008.

DOCQUIR, B., HUPIN, E., “Responsabilité des dirigeants d’entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?”, *Rev. Prat. Soc.*, 6896 (2003), pp. 337-378.

DONATIVI, V., “Organizzazione e funzionamento della società europea”, CAPRIGLIONE, F. (a cura di), *La nuova disciplina della società europea*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 177-206.

DONDERO, B., “La responsabilité du représentant de la personne morale dirigeante d’une société”, *Gaz. Pal.*, 1 (2014), pp. 455-456.

-, “Remise en cause des management fees (la suite)”, *Gaz. Pal.*, 1 (2014), pp. 453-455.

DORALT, W., “155 Companies required to have at least one director who is a natural person”, SCHALL, A. (ed.), *Companies Act. Kommentar*, München, C. H. Beck, 2014, p. 271.

DREHER, F., “Der Richtlinienvorschlag über die Societas Unius Personae und seine Regelungen zur faktischen Geschäftsführung”, *NZG*, 25 (2014), pp. 967-972.

DRINHAUSEN, F., “Art. 47 SE-VO”, HABERSACK, M., DRINHAUSEN, F. (eds.), *SE-Recht mit grenzüberschreitender Verschmelzung*, München, C. H. Beck, 2013, pp. 697-706.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La sociedad privada municipal”, *REVL*, 1973 (1973), pp. 401-470.

-, “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVARDE, E., SÁNCHEZ CALERO, F. (coords.), *Derecho de sociedades anónimas [en homenaje al Prof. Dr. D. José Girón Tena]*, t. I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 15-110.

EHRICKE, U., *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.

EISENBERG, M. A., “The Board of Directors and Internal Control”, *Cardozo L. Rev.*, 19 (1997-1998), pp. 237-264.

-, *Corporations and Other Business Organizations. Cases and Materials*, 9ª ed., New York, Foundation Press, 2005.

ELLIS, J., “The continued appointment of corporate directors: an examination of the effect of s. 87 of the Small Business, Enterprise and Employment Act 2015”, *Comp. Law.*, 37-7 (2016), pp. 203-209.

EMBID IRUJO, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987.

-, “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (el proyecto de novena directiva)”, *CDC*, 5 (1989), pp. 359-417.

-, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003.

-, “La sociedad limitada nueva empresa en el marco del Derecho español de sociedades”, *RJN*, 46 (2003), pp. 107-140.

-, “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *RDM*, 249 (2003), pp. 933-979.

-, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia”, *RCDI*, 685 (2004), pp. 2379-2416.

-, “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas”, *CDC*, 46 (2006), pp. 9-48.

-, “Los aspectos mercantiles de la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, SALA FRANCO, T., BALLESTER PATOR, M^a. A., (coords.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008, pp. 269-354.

-, “Artículo 143. Impugnación de acuerdos”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2^a ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1664-1674.

-, “La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos”, *RDM*, 278 (2010), pp. 1373-1400.

-, “El significado de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho de sociedades”, TOBÍO RIVAS, A. M^a., ALBOR BALTAR, Á. F., TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 147-162.

-, “Los grupos de sociedades en la propuesta de Código mercantil”, *RDM*, 290 (2013), pp. 53-68.

-, “La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 107-135.

-, “Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de diciembre de 2015”, *RDM*, 300 (2016), pp. 301-320.

EMBID IRUJO, J. M., DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2016.

EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 127 *ter*. Deberes de lealtad”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1427-1445.

EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 7 (1996), pp. 11-30.

EMMERICH, V., “§17. Abhängige und herrschende Unternehmen”, EMMERICH, V., HABERSACK, M., *Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar*, 5ª ed., München, C. H. Beck, 2007, pp. 38-57.

-, “AktG §292. Andere Unternehmensverträge”, EMMERICH, V., HABERSACK, M. (eds.), *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8ª ed., München, C. H. Beck, 2016, Mg. 1-62.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de las sociedades de capital”, *RDM*, 281 (2011), pp. 13-45.

-, “La creación de filiales y el derecho de separación del socio (A propósito de la STS de 10 de marzo de 2011)”, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., EMBID IRUJO, J. M., RECALDE CASTELLS, A., LEÓN SANZ, F. (eds.), PÉREZ MILLÁN, D., SOLERNOU SANZ, E. (coords.), *Liber Amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp.201-214.

ENRIQUES, L., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2000.

-, “Il conflitto d’interessi nella gestione delle società per azioni: spunti teorici e profili comparatistici in vista della riforma del diritto societario”, *Riv. Soc.*, 3-4 (2000), p. 509-561.

ENRIQUES, L., GELTER, M., “Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection”, *EBOR*, 1 (2006), pp. 417-453.

ESCARRA, J., ESCARRA, E., RAULT, J., *Les sociétés commerciales*, t. IV, Paris, Sirey, 1959.

ESTEBAN RAMOS, M^a. L., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

ESTEBAN VELASCO, G., “Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital”, AA.VV., *La reforma del derecho español de sociedades de capital: (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 389-450.

-, “La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (el proyecto modificado de quinta directiva)”, *CDC*, 5 (1989), pp. 231-358.

-, “El objeto social: algunas consideraciones en torno a un libro reciente”, *RDM*, 196-197 (1990), pp. 403-424.

-, “Artículo 12. Administradores”, PAU PEDRÓN, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 189-221.

-, “La administración de la sociedad de responsabilidad limitada”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (coord.), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 689-772.

-, “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 137-212.

-, “La sociedad cerrada europea: ¿Figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?”, *RdS*, 13 (1999), pp. 163-171.

-, “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *REE*, 29 (2001), pp. 65-102.

-, “Administración y control. Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, ESTEBAN VELASCO, G., FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.), *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 637-686.

-, “Artículo 234. Ámbito del poder de representación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1682-1688.

-, “La acción individual de responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 169-254.

-, “La Propuesta de Directiva sobre la *Societas Unius Personae* (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015”, *AAMN*, 55 (2015), pp. 105-164.

ESTUPIÑÁN CÁCERES. R., “El deber del administrador de abstenerse de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad: configuración e incidencia de su infracción en la calificación del concurso y en la responsabilidad concursal”, *RdS*, 43 (2014), pp. 175-207.

EYBEN, A-C., “Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion”, *Rev. Prat. Soc.*, (2003), pp. 131-171.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, Civitas, 2001.

FARRANDO MIGUEL, I., “Impugnación de acuerdos sociales y *prueba de resistencia*”, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER FUENTES, J. ALONSO ESPINOSA, F. J. GALLEGRO SÁNCHEZ, E. (dirs.), PETIT LAVALL, M^a. V. (coord.), *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 281-300.

FAVARIO, T., “Précisions sur l’action en responsabilité pour insuffisance d’actif contre le représentant permanent d’une personne morale”, *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2 (2014), p. 95, BJE110z3.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977.

-, “Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, BLANQUER UBEROS, R., HERNÁNDEZ CRESPO, C. M. (pres.), ALONSO UREBA, A. CHICO ORTIZ, J, M^a., LUCAS FERNÁNDEZ, F. (coords.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 35-60.

-, *La sociedad comanditaria por acciones (Artículos 151 a 157 del Código de Comercio)*, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIII, Madrid, Civitas, 1992.

-, *Derecho de sociedades*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., GARCÍA-PITA PEMÁN, D., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, AA.VV., *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 1-56.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación de los supuestos de concurso de sociedades mercantiles”, AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 457-489.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a., “La prescripción de las acciones de responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 697-728.

FERREIRA MALAQUIAS, P, PINTO BASTO, I. C., CHOON, A., “O papel das pessoas coletivas como administradores o gerentes de uma sociedade comercial”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 36, 2014, pp. 19-33.

FERRI, G., *Le società*, 2^a ed., Torino, Utet, 1985.

FETT, T., “Die KgaA als hybride Rechtsform: Anwendbares Recht”, BÜRGERS, T. FETT., T., *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien*, 2^a ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 19-37.

FIDLER, P., “Banks as shadow directors”, *J.I.B.L.*, 7-3 (1992), pp. 97-100.

FLEISCHER, H., “La *Business Judgment Rule* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho”, *RDM* 246 (2002), pp. 1727-1754.

-, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *ZIP*, 24-1 (2003), pp. 1-11.

-, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, *AG*, 10 (2004), pp. 517-528.

-, “Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts. Zugleich Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung”, *AcP*, 204 (2004), pp. 502-543.

-, “Juristische Personen als Organmitglieder im Europäischen Gesellschaftsrecht”, *RiW*, 1-16 (2004), pp. 17-21.

-, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht und *nützliche* Pflichtverletzungen von Vorstandmitgliedern”, *ZIP*, 4 (2005), pp. 141-152.

-, “Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund”, *CCZ*, 1 (2008), pp. 1-6.

-, “Zur Unveräußerlichkeit der Leitungsmacht im deutschen, englischen und US-amerikanischen Aktienrecht”, *AA.VV., Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 137-155.

-, “§ 43 GmbHG”, *Münchener Kommentar GmbH-Gesetz*, 1^a ed, vol. II, München, C. H. Beck, 2012, pp. 414-560.

-, “§76 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3^a ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1017-1063.

-, “§78 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, t. I, 3^a ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 1085-1105.

-, “§82 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3^a ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1118-1128.

-, “§84 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3^a ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1134-1193.

-, “§93 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1336-1455.

FLORES DOÑA, M^a. S., “La intervención de la Junta General de personas no legitimadas y los supuestos de invalidez de votos o error en el cómputo de los mismos”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 441-473.

FONT GALÁN, J. I., “El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales”, *RdS*, 25 (2005), pp. 71-107.

FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS, “Derecho de grupos: por un derecho de los grupos de sociedades”, *RDM*, 232 (1999), pp. 445-576.

-, “Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe”, *ECFR*, 12-2 (2015), pp. 299-306.

FRANK, A., TOURNU, O., *La société par actions simplifiée (S.A.S.)*, Paris, Puits Fleuri, 2000.

FRANZONI, M., *Gli amministratori e i sindaci*, GALGANO, F. (dir.), *Le società*, Torino, Utet, 2002.

FREEDMAN, B. J., “Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences”, *N.Y.U. L. Rev.*, 66 (1991), pp. 1045-1076.

FRENCH, D., MAYSON, S., RYAN, C. H., *Company Law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

FUENTES NAHARRO, M., “Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de

sociedades”, AA.VV., *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 289-310.

-, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Madrid, Civitas, 2007.

FUERTES LÓPEZ, M., *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

GAIBLER, F., *Die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA): ihre Vor- und Nachteile im Vergleich zu anderen Rechtsformen, sowie ihre Geeignetheit für bestimmte Unternehmenstypen*, Augsburg. Univ. Diss., 2014.

GALGANO, F., *Delle persone giuridiche: artt. 11-35*, GALGANO, F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2ª ed., Bologna/Roma, Zanichelli/Foro italiano, 2006.

GÁLLEGO LANAU, M., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, Madrid, Civitas, 2016.

GALLEGO LARRUBIA, J., *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital (presupuestos y ámbito de aplicación)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003.

-, “Algunas cuestiones en torno a la prohibición de competencia de los administradores de la sociedad limitada (comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [sección 28ª] de 24 de enero de 2014)”, *RDM*, 294 (2014), pp. 643-670.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *El director general de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2009.

-, “Artículo 212. Requisitos subjetivos”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1502-1512.

-, “Artículo 213. Prohibiciones”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1512-1525.

-, “Artículo 214. Nombramiento y aceptación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1525-1537.

-, “Artículo 216. Administradores suplentes suplentes”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1542-1545.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto,” *DN*, 254 (2011), pp. 7-23.

GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., “La composición del Consejo: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales (art. 529 duodecies, apdos. 1, 2, 3 y 6 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 931-954.

-, “La composición del consejo de administración de las sociedades cotizadas: la función de los consejeros ejecutivos y dominicales”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luiz Fernández de la Gándara*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 551-578.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *La calificación del concurso*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

-, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLA, A. B. (coord.), *Comentario de la Ley concursal*, t. II, Madrid, Civitas, 2004, pp. 2574-2602.

-, “Administradores sociales y administradores de hecho”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 527-561.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., “Representación”, CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 555-570.

GARCÍA VICENTE, J. R., “La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 175-188.

GARCÍA VILLAVERDE, R., “Derecho a la información del socio del administrador (sobre la existencia de un derecho a la información de los miembros del Consejo de administración)”, *CDC*, 10 (1991), pp. 7-30.

-, “Exoneración de responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada por falta de culpa (art. 133.2 LSA)”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 1321-1351.

GARCÍA Y VALDECASAS GARCÍA Y VALDECASAS, G. “La esencia del mandato”, *RDP*, 331 (1944), pp. 769-776.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., SOLER PASCUAL, L. A., “Los deberes de los administradores”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R.,

GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 741- 798.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con *omnicomprensividad retributiva*”, *DRL*, 2 (2015), pp. 178-184.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., “La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista”, AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2850-2868.

GARRIDO DE PALMA, V., “El emprendedor y la sociedad limitada nueva empresa”; GARRIDO DE PALMA, V. (dir.), *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 379-394.

GARRIDO ESPA, L., “Capacidad y prohibiciones”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 663-678.

GARRIDO GARCÍA, J. M^a., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, Civitas, 1995.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Silverio Aguirre Torre, 1936.

-, “Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima”, *RDM*, 26 (1950), pp. 157-201.

GARRIGUES, J., GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., DE LA PLAZA NAVARRO, M., URÍA, R., RODRÍGUEZ GIMENO, A., PALAO, MENOR J. E., SAINZ DE BUJANDA, F., *Reforma de la sociedad anónima*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1947.

GARRIGUES, J., URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. II, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953.

-, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., t. II, Madrid, Aguirre, 1976.

GEGOUT, M., *Filiales et groupement des sociétés*, Paris, Sirey, 1929.

GEHRKE, M., *Die Stiftung & Co. KgaA im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997.

GEHRLEIN, M., “Leitung einer juristischen Person durch juristische Person?”, *NZG*, 15 (2016), pp. 566-568.

GELTER, M., “The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law”, *JCLS*, 5-2 (2005), pp. 247-284.

GERMAIN, M. PÉRIN, P-L., *SAS. Société par actions simplifiée*, 5ª ed., Paris, Joly/Lextenso, 2013.

GEVURTZ, F. A., *Corporation Law*, 2ª ed., West, St. Paul, 2000.

GILSON, R. J., “Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function”, *AJCL*, 49-2 (2001), pp. 329-357.

GILSON-MAES, A., *Mandat et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 2016.

GIOVANNINI, S., *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2007.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, Universidad de Valladolid/Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho, 1952.

-, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español”, *ADC*, 12-2 (1959), pp. 419-450.

-, *Derecho de Sociedades*, t. I., Madrid, Benzal, 1976.

GLIOZZI, E., “Società di capitali amministratore di società per azioni”, *Riv. Soc.*, (1968), pp. 93-149.

GODDARD, R., “Disqualifying the directors of a corporate director: Secretary of State for Trade and Industry v Hall and Nuttall”, *Comp. Law.*, 28-9 (2007), pp. 281-282.

GODON, L., *La société par actions simplifiée*, Paris, LGDJ, 2014.

GOETTE, W., “KGaA: Zulässigkeit einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin”, *DStR*, 26 (1997), pp. 1012- 1015.

-, “§ 6 GmbHG ”, *Münchener Kommentar GmbH-Gesetz*, 2ª ed, vol. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 654-683.

GOFFIN, J-F., DE SAUVAGE, G., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3ª ed., Bruxelles, Larcier, 2012.

GÓMEZ CALERO, J., *La sociedad en comandita por acciones*, Barcelona, Bosch, 1991.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., “Artículo 328. Sistema monista”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. III, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 3137-3146.

-, “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (arts. 226 a 231 LS)”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 665- 696.

GORDILLO CAÑAS, A., “Artículo 1727 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1567-1570.

-, “Artículo 1733 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1583-1586.

GOURLAY, P-G., *Le conseil d'administration de la société anonyme*, Paris, Sirey, 1971.

GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, 3ª ed., London, Steven & Sons, 1969.

GRIFFIN, S., “Evidence justifying a person's capacity as either a de facto or shadow director: Secretary of State for Trade and Industry v Becker”, *Insolv. L.*, 3 (2003), pp., 127-131.

-, “Confusion surrounding the characteristics, identification and liability of a shadow director”, *Insolv. Int.*, 24-3 (2011), pp. 44.47.

-, “Establishing the liability of a director of a corporate director: issues relevant to disturbing corporate personality”, *Comp. Law.*, 34-5 (2013), pp. 135-145.

GRIMALDOS GARCÍA, Mª. I., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232”, HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, Barcelona, Bosch, 2015, pp. 307-364.

GUASCH MARTORELL, R., *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Madrid, Civitas, 1993.

GUERRA, P., “Può la carica di amministratori di società essere ricoperta da un'altra società?”, *Riv. Soc.*, 1 (1956), pp. 697-702.

GUERRA MARTÍN, G., “El nombramiento de administrador incurso en causa de prohibición legal y su incidencia en los acuerdos adoptados por el consejo de administración con su participación”, *RdS*, 42 (2014), pp. 199-207.

GUERRERO TREVIJANO, C., *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: la incorporación de los principios de la "business judgment rule" al ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 2014.

GUGLIELMUCCI, L., “La responsabilità per direzione e coordinamento di società”, *Dir. Fall.*, 80-1 (2005), pp. 38-46.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Art. 37. Art. 38”, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., t. I, Barcelona, Bosch, 2006, pp. 322-324.

GUYON, Y., *La société anonyme*, Paris, Dalloz, 1994.

HAAS, U., “Die Rechtsfigur des *faktischen GmbH-Geschäftsführers*”, *NZI*, 9 (2006), pp. 494-499.

HAAS, U., ZIEMONS, H., “§ 43 GmbHG”, MICHALSKI, L. (ed.), *GmbHG*, 2ª ed München, C. H. Beck., 2010, pp. 464-680.

HABERSACK, M., “§ 100 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2, C. H. Beck, München, 2008, pp. 759-789.

HABERSACK, M., VERSE, D. A., “Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?”, *ZHR*, 168 (2004), pp. 174-215.

HADJINESTOROS, E., “Stigmata of fiduciary duties in shadow directorship”, *Comp. Law.*, 33-11 (2012), pp. 331-337.

-, “Fear of the dark: banks as shadow directors”, *Comp. Law.*, 34-6 (2013), pp. 169-179.

HAMEL, J., LAGARDE, G., JAUFFRET, A., *Droit commercial*, vol 2, Paris, Dalloz, 1980.

HANNIGAN, B. M., *Company Law*, 3^a ed., Oxford. Oxford Univeristy Press, 2012.

HANSMANN, H., *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, 1996.

HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., “The essential role of organizational law”, *Yale L. J.*, 110 (2000-2001), pp. 387-440.

HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., SQUIRE, R., “Law and the rise of the firm”, *Harv. L. Rev.*, 119 (2005-2006), pp. 1333-1403.

HEEDE, H., *Das Recht der Gesellschaftsgruppierungen in Frankreich*, Köln, Heymanns, 1971.

HÉMARD, J., TERRÉ, F., MABILAT, P., *La réforme des sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 1967.

-, “Grandeur et servitudes du *représentant permanent*”, *Bull. Soc.*, 1 (1968), pp. 310-318.

HENNERKES, B. H., MAY, P., “Noch einmal: Die GmbH & Co. KG auf Aktien als Rechtsform für börsenwillige Familienunternehmen?”, *BB*, 35-36 (1988), pp. 2393-2405.

HENRY, A., “Des sociétés de sociétés”, *Jour. Soc.*, 6-7-8 (1919), p. 160-200.

HERNÁNDEZ MORENO, A., “Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 C.C.”, *RJC*, 79-2 (1980), pp. 373-445.

-, “Artículo 1725 C.C.”, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., SALVADOR CORDERCH, P., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1532-1564.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., “La extensión subjetiva de los efectos de la calificación culpable del concurso de sociedades administradas por una persona jurídica”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 331-372.

-, *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Madrid, Civitas, 2014.

-, “La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo”, *RDBB*, 138 (2015), pp. 49-106.

HERNANDO CEBRIÁ, L., *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales: la regla del -buenjuicio empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

-, “¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, 280 (2011), pp. 133-168.

HERNANDO MENDIVIL, J., “La *Business Judgment Rule*”, *RDM*, 299 (2015), pp. 313-370.

HIMMELSBACH, J., ACHSNICK, R., “Faktische Geschäftsführung durch Banken: Gefahr oder Scheinproblem?”, *NZI*, 7 (2003), pp. 355-360.

HIRTE, H., “Die Europäische Aktiengesellschaft”, *NZG*, 1 (2002), pp. 1-10.

HOENIGER, H., “Eine Juristische Person kann Liquidator einer Gesellschaft oder einer anderen juristischen Person sein”, *JW*, 21 (1925), pp. 2338-2339.

HOFFMANN-BECKING, M., “Vorstands-Doppelmanate im Konzern”, *ZHR*, 150 (1986), pp. 570- 584.

-, “Organe: Strukturen und Verantwortlichkeiten, insbesondere im monytschen System”, *ZGR*, 3-4 (2004), pp. 355-382.

HOMMELHOFF, P., “Anlegerschutz in der GmbH&Co. KGaA”, ULMER P. (ed.), *Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392: die Tragweite des Beschlusses und seine Bedeutung für die Kautelarpraxis. Kolloquium der Wolfgang-Schilling-Stiftung am 14.11.1997*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft. Behefte der ZHR, 1998, pp. 9-32.

-, “Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *AG*, 6 (2001), pp. 279-288.

HOPT, K. J., “Konzernrecht: Die europäische Perspektive”, *ZHR*, 171 (2007), pp. 199-240.

HOUIN, R., “Le groupement d'entreprises vu à l'échelle européenne”, 2 (1965), *RTDC*, pp. 321-327.

HUBER, U., “Betriebsführungsverträge zwischen selbständigen Unternehmen”, *ZHR*, 152 (1988), pp.1-37.

HUERTA VIESCA, M. I., *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas: (artículo 75 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2009.

HÜFFER, U., *AktienGesetz*, 11^a ed., München, C. H. Beck, 2014.

HÜFFER, U., KOCH, J., *AktienGesetz*, 12ª ed., München, C. H. Beck, 2016.

IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Valladolid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.

IGLESIAS PRADA, J.L., *Administración y delegación de facultades*, Madrid, Tecnos, 1971.

IGLESIAS PRADA, J. I., GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las sociedades de capital: aspectos básicos”, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Madrid, Civitas, 2010, pp. 389-408.

IGARTUA ARREGUI, F., JUSTE MENCÍA, J., “Deberes de los administradores (reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *RdS*, 24 (2005), pp. 75-89.

IHRIG, H-C., SCHLITT, M., “Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ vom 24.2.1997 - organisationsrechtliche Folgerungen”, ULMER P. (ed.), *Die GmbH & Co KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392: die Tragweite des Beschlusses und seine Bedeutung für die Kautelarpraxis. Kolloquium der Wolfgang-Schilling-Stiftung am 14.11.1997*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft. Behefte der ZHR, 1998, pp. 33-83.

IRIBARREN BLANCO, M., “Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital”, *RES*, 136 (2008), pp. 803-825.

-, “Artículo 448. Estatuto de los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 3003-3008.

JOACHIM, W. E., “Der Managementvertrag (I)”, *DZWIR*, 2-10 (1992), pp. 397-405.

JOOß, A., *Die Drittanstellung des Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft*, Stuttgart, Boorberg, 2010.

JUSTE MENCÍA, J., “La autonomía estatutaria y el cese repentino del administrador único, en la sociedad de responsabilidad limitada (RDGRN, 11-6-1992)”, *RdS*, 1 (1993), pp. 149-156.

-, “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo de 1998 (RJ 1998 4004) y 7 junio de 1999 (RJ 1999 509) y de la AP de Valencia de 27 de septiembre de 1999”, *RdS*, 14 (2000), pp. 441-457.

-, *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio Jurídico Mercantil)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.

-, “Administrador persona jurídica”, ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 141-144.

-, “La persona jurídica como administradora de una sociedad de capitales: elección y aceptación del cargo”, AA.VV., *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 853-884.

-, “Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 377-394.

-, “Artículo 229. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las*

Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 397-412.

-, “Artículo 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 443-462.

-, “Acción social de responsabilidad contra los administradores: nuevos sujetos responsables”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., ESTEBAN VELASCO, G., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.), *Estudios sobre Derecho de Sociedades. Liber Amicorum Profesor Luis Fernández de la Gándara*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 433-450.

-, “El contrato entre el consejero ejecutivo y la sociedad (arts. 249.3 y 4 y 529 octodecimos LSC)”, *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 757-797.

KINDLER, P., “Die Einpersonen-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein: Bemerkungen zum Kommissvorschlag der italienischen Ratspräsidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)”, *ZHR*, 2-3 (2015), pp. 330-384.

KLEINDIEK, D., “§ 6 GmbHG”, LUTTER, M., HOMMELHOFF, P. (eds.), *GmbH-Gesetz Kommentar*, 18ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 244-275.

KOMP, G., *Die juristische Person als Geschäftsführungsorgan einer Kapitalgesellschaft: Betrachtungen zu §§ 76 Abs. 3 S. 1 AktG und 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG*, Lang, Frankfurt am Main, 2000.

KORT, M., “§ 76 AktG”, HIRTE, H., MÜLLBERT, P. O., ROTH, M. (eds.), *AktienGesetz. Grosskommentare der Praxis*, 5ª ed., t. 4-1, Berlin/München/Boston, DeGruyter, pp. 1-217.

KOTZUR, M., “Article 54 TFEU”, GEIGER, R., KHAN, D-E., KOTZUR, M. (eds.), *European Union Treaties*, München/Oxford, C. H. Beck/Hart, 2015, pp. 375-380.

KRAJESKI, D., “Incidence de la considération de la personne sur l’apport partiel d’actif”, *Bull. Joly Soc.* 2 (2003), p. 192, JBS-2003-043.

KRIEGER, G., “Interim Manager im Vorstand der AG”, *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München C. H. Beck, 2013, pp. 711-732.

KÜBLER, F., “Leistungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts”, *ZHR*, 167 (2003), pp. 222-234.

LA CASA GARCÍA, R., “La posición jurídica del socio colectivo en la sociedad en comandita por acciones”, *RGD*, 564 (1991), pp. 7671-7708.

LACOUR, L., *Précis de Droit commercial*, Paris, Dalloz, 1945.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Gestión de negocios ajenos sin mandato”, *RCDI*, 507 (1975), pp. 245-270.

LANGLE Y RUBIO, E., *Manual de Derecho mercantil español*, t. I, Barcelona, Bosch, 1950.

LANZA, A. “*Società direttore di società*”, *Riv. Soc.* (1960), pp. 259-271.

LANZAS GALVACHE, J., “El Reglamento del Registro Mercantil y la Ley de Reforma (R. D. 1597-1989, de 29 de Diciembre, en relación con la L. 19/89, de Julio y el R.D.L. 1564/89, de 22 de Diciembre)”, *BEE*, 139 (1990), pp. 149-188.

LARENZ, K. WOLF, M. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., München, C. H Beck, 1997.

LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Comares, 2003.

-, “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *RDM*, 253 (2004) pp. 853-900.

-, “Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)”, *RdS*, 32 (2009), pp. 389-398.

-, “El apoderado general en la Ley concursal”, *RDCP*, 19 (2013), pp. 65-80.

-, “Administración de hecho derivada de un plan de privatización de empresa”, *RdS*, 46 (2016), pp. 293-308.

LE CANNU, P., *La société anonyme à directoire*, Paris, LGDJ, 1979.

-, “Cass. Com., 2/12/1986, Dreux c/ Gourdain”, *Bull. Joly Soc.*, 12 (1986), p. 1131.

-, “Direction et contrôle de la société par actions simplifiée”, LE CANNU, P. COURET, A. (eds.), *Société par actions simplifiée*, Paris, GLN Joly, 1994, pp. 23-36.

-, “Les dirigeants de la société par actions simplifiée”, *Rev. Soc.*, 2 (1994), pp. 239-256.

-, “Peut-on être administrateur et représentant permanent d’un autre administrateur”, *Bull. Joly Soc.*, 11 (1999), pp. 1113-1115.

-, P., *Droit des sociétés*, 2^a ed., Paris, Montchrestien, 2003.

LEBUHN, J., “OLG Hamburg: Rechtsverhältnis des persönlich haftenden Gesellschafters einer KgaA”, *NJW*, 23 (1969), pp. 1030-1036.

LÈCENE-VILLEMONTÉIX, M., POHÉ, D., “L’absorption d’une personne morale administrateur ou membre du conseil de surveillance”, AA.VV., *Mélanges en l’honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 357-376.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., “La participación de la mujer en los Consejos de Administración de las Sociedades Corporativas”, *RDM*, 278 (2010), pp. 1233-1290.

LEMEUNIER, F., *La réforme des sociétés commerciales*, t. II, Paris, Delmas, 1966.

LEÓN SANZ, F. J., “Objeto social” ALONSO LEDESMA, C. (dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 813-817.

-, “Artículo 249. Delegación de facultades del consejo de administración”, JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 497-520.

LEPARGNEUR, H., *Les sociétés commerciales aux États-Unis d’Amérique ; leur régime juridique*, Paris, Dalloz, 1951.

LEROUX, E., “La responsabilité civile de l’administrateur personne morale par le biais de son représentant permanent”, *CJ*, 1 (2003), pp. 1-7.

LIBONATI, B., *Holding e Investment Trust*, Milano, Giuffrè, 1969.

LINARES NOCI, R., *Poder y mandato: (problemas sobre su irrevocabilidad)*, Madrid, Colex, 1991.

LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1996.

-, “El deber general de diligencia (art. 225.1 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 317-344.

-, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 523-566.

LÓPEZ DE MEDRANO Y VILLAR DE SAAVEDRA, F., *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Barcelona, Bosch, 1986.

LUCAS MARTÍN, E. P., VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La impugnación por el administrador de la sociedad de capital del acuerdo de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él”, *CDC*, 59 (2013), pp. 227-254.

LUCINI MATEO, A., “En torno al Proyecto de Directiva Europea sobre la Sociedad Limitada Unipersonal (SUP) presentado por la Comisión Europea el 9 de abril de 2014”, *La Ley Mercantil*, 10 (2015), pp. 1-9.

LUTTER, M., “Bankvertreter im Aufsichtsrat”, *ZHR*, 145 (1981), pp. 224-251.

-, “Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa”, *ZGR*, 16-3 (1987), pp. 324-369.

-, “Die Entscheidung für die Holding und deren Entstehung”, LUTTER, M., BAYER, W. (eds.), *Holding-Hanbuch*, 5ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 1-25.

LUTTER, M., BAYER, W., SCHMIDT, J., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5ª ed., Berlin/Boston, De Gruyter, 2012.

LUTTER, M., KRIEGER, G., VERSE, D., *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, Köln, Otto Schmidt, 2014.

MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable*, Madrid, Civitas, 2006.

-, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad por las deudas sociales y la cuestión relativa a la aplicación retroactiva del artículo 367 LSC”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de derecho mercantil: en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Madrid, Civitas, 2010, pp. 785-798.

MALECKI, C., “Loi NRE: vers une réforme de quelques singularités relatives au cumul de mandats”, *LPA*, 205 (2002), p. 3, PA200210143.

MAGNIER, V., *Droit de sociétés*, Paris, Dalloz, 2002.

MAMBRILLA RIVERA, V., “Las concretas manifestaciones del deber general de diligencia de los administradores”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 345-383.

MANZ, G., “Art. 47 SE-VO”, MANZ, G., MAYER, B., SCHRÖDER, A. (eds.), *Europäische Aktiengesellschaft: SE*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 496-502.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad”, *RdS*, 32 (2009), pp. 279-292.

MARTÍ LACALLE, R., “Nombramiento de apoderado general por el consejo de administración (STS de 19 de febrero de 1997 [Civil]. R.A. 1242/1997)”, *RDM*, 226 (1997), pp. 2036-2045.

MARTÍN ROMERO, J. C., “La Sociedad Privada Europea: aproximación a una propuesta de reglamento comunitario”, *RJN*, 69 (2009), pp. 225-248.

MARTÍNEZ BALMASEDA, A., *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Granada, Comares, 2011.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., “El contrato de gestión hotelera”, MORILLAS JARILLO, M^a, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1485-1510.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid, Civitas, 1993.

MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Bolonia, Real Colegio de España, 1999.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. T., “Consideraciones sobre el derecho de información de la administración y en particular del consejero”, *RdS*, 12 (1999), pp. 175-193.

-, “La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas”, *RdS*, 37 (2011), pp. 119-140.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. Á., “Los estatutos sociales y su modificación”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 1-48.

MARTÍNEZ SANZ, F., *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Madrid, Civitas, 1992.

-, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima: (la cooptación)*, Pamplona, Aranzadi, 1994.

-, “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima”, AA.VV., *Derecho de sociedades. Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 1739-1770.

-, “Artículo 58”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2009, pp. 745-756.

-, “Los administradores responsables”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coord.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 55-89.

-, “La impugnación de acuerdos del consejo de administración por infracción del Reglamento del consejo (art. 251.2 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 839-858.

MARTÍNEZ SANZ, F., PÜTZ, A., “Artículo 123. Nombramiento”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1365-1383.

-, “Artículo 124. Prohibiciones”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1383-1394.

-, “Artículo 125. Aceptación e inscripción del nombramiento”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1395-1402.

-, “Artículo 126. Duración del cargo”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1402-1412.

-, “Artículo 127 quáter. Deber de secreto”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1446-1450.

-, “Artículo 129. Ámbito de la representación”, ARROYO, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1460-1467.

-, “Artículo 141. Régimen interno y delegación de facultades”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1623-1652.

MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M. “Artículos 139-140. Constitución. Adopción de acuerdos”, ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2ª ed., vol. II, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 1605-1623.

MARTUCCI, K., “L’ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese (appunti per misurarsi con un problema ancora aperto nel diritto italiano)”, *Riv. Dir. Soc.*, 2 (2009), pp. 370-379.

BIBLIOGRAFÍA

MASSAGUER FUENTES, J., *La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)*, Valencia, IMPIVA, 1989.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

-, *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

McCAHERY, J. A., VERMEULEN, E. P. M., “Does the European Company Prevent the Delaware Effect?”, *ELJ*, 11-6 (2005), pp. 785-801.

GOUTHÈRE, B., SAINT-AMAND, P. J., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Dirigeants de sociétés commerciales (2006-2007)*, Paris, Francis Lefebvre, 2005.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “El Anteproyecto de Ley de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dir.), *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 13-20.

-, “La unidad del nuevo Derecho concursal”, *AARAJYL*, 33 (2003), pp. 163-176.

MERCADAL VIDAL, F., “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, *ADCon.*, 36 (2015), pp. 115-128.

MERCADAL, M. B., JANIN, M. P., *Mémento Pratique Francis Lefebvre. Sociétés commerciales (1991)*, Paris, Francis Lefebvre, 1990.

MERKT, H., “Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht”, *ZGR*, 32-5/6 (2003), pp. 650-678.

MERTENS, H-J., CAHN, A. “§ 76 AktG”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2/1, §§76-34, 3ª ed., 2010, Köln, Carl Heymanns Verlag, pp 14-99.

MIGOYA, J., “¿Puede desempeñar el cargo de Consejera de Administración de una Sociedad Anónima otra Sociedad?”, *RDP*, 27 (1943), pp. 728-733.

MINERVINI, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956.

MÍNGUEZ SANZ, S., TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., RODRÍGUEZ CEPEDA, E., “Comentario a la Resolución de 11 de marzo de 1991”, *RCDI*, 691 (1992), pp. 2199-2207.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Madrid, Civitas, 1998.

MOLITOR, E., “Die Bestellung zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, ihre Voraussetzungen und Folgen”, *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg zum 30. März 1926*, Weicher, Leipzig, 1927, pp. 45-73.

MONSERRAT VALERO, A., *El mandato y el apoderamiento irrevocables*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 1982.

MONSIÈRE-BON, M-H., “Responsabilité pour l’insuffisance d’actif: le représentant permanent est un dirigeant comme les autres”, *Bull. Joly Soc.*, 2 (2014), p. 101, BJS111kS.

MONTALENTI, P., “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i *management contracts*”, *Contr. imp.*, 2 (1987), pp. 436-467.

-, “Conflicto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi”, *Giur. comm.*, 5 (1995), pp. 710-736.

-, *Persona jurídica, grupos de sociedades, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, CEDAM, 1999.

-, “Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2007), pp. 317-344.

-, “La società per azioni a dieci anni dalla riforma: un primo bilancio”, *Riv. Soc.*, 2-3 (2014), pp. 403 y ss.

-, “Il diritto societario dai *tipi* ai *modelli*”, *Giur. Comm.*, 4 (2016), pp. 420 y ss.

-, “L’attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza”, *Giur. Comm.*, 2 (2016), pp. 111 y ss.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “La representación”, BLASCO GASCÓ, F. (coord.), *Derecho civil. Parte general, Derecho de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “El ámbito subjetivo del concurso culpable: concursado, cómplices y personas afectadas por la calificación”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. (dir.), *Insolvencia y responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012, pp. 65-104.

MORATA ESCALONA, M^a. P., “La prohibición de competencia del administrador de sociedad de responsabilidad limitada”, *RdS*, 15 (2000), pp. 119-158.

MORCK, R., D., WOLFENZDON, D., B., YEUNG, B., “Corporate Governance, Economic Entrenchment, and Growth”, *J. Econ. Lit.*, 43-3 (2005), pp. 655-720.

MORILLAS JARILLO, M^a. J., MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Á., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Not. UE*, 270 (2007), pp. 57-78.

MÜLLER-FELDHAMMER, R., “Vetragserfüllung und Haftung des Unternehmensberater”, *NJW*, 25 (2008), pp. 1777-1782.

MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., “Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva”, *RGD*, 562 (1991), pp. 5745-5777.

MUÑOZ PAREDES, J. M^a., *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

-, “El derecho de información de los administradores tras la Ley de Transparencia”, *Diario La Ley*, 7733 (2011), pp. 1-16 [versión electrónica].

NAVARRO LÉRIDA, M^a S., MANZANEQUE LIZANO, M., “Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico-jurídica”, *RDCP*, 21 (2014), pp. 171-184.

NAVARRO MATAMOROS, L., *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades*, Granada, Comares, 2010.

NIEDERLAG, H-H, *Juristische Person als persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien*, Diss.Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, 1973.

NIGRO, A., “Note in tema di persona giuridica amministratore di società”, *Riv. Dir. Soc.* 1 (2007), pp. 12-16

NOONAN, C., WATSON, S., “The Nature of Shadow Directorship: Ad Hoc Statutory Intervention or Core Company Law Principle”, *J.B.L.*, 8 (2006), pp. 763-798.

-, “Examining Company Directors through the Lens of De Facto Directorship”, *J.B.L.*, 7 (2008), pp. 587-626.

NOVAL PATO, J., *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital*, Madrid, EDERSA, 2003.

OLAVARRÍA IGLESIA, J., MARIMÓN DURÁ, R., “Art. 15 Patronos”, OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 385-412.

OPPETIT, B., “Le représentant permanent d’une personne morale administrateur d’une société anonyme”, *JCP*, 1-2272 (1969), pp. 11-20.

OTTE, D., *Die AG & Co. KgaA. Eine Rechtsformstudie*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

PAEFGEN, W. G., “§6 GmbHG ”, ULMER, P., HABERSACK, M., LÖBBE, M. (eds.), *GmbHG Großkommentar*, 2ª ed., vol. I, München, C. H. Beck, 2013, pp. 851-919.

PALMER, F., *Palmer's Company Law*, vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 2016.

PARRAS MARTÍN, A., “El socio colectivo en el ordenamiento jurídico español”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2808-2842.

PASSARGE, M., “Vorstands-Doppelmandate – ein nach wie vor aktuelles Thema!”, *NZG*, 12 (2007), pp. 441-444.

PAULEAU, C., *El régimen jurídico de las joint ventures*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

PAYNE, J., “Casting light into the shadows: Secretary of State for Trade and Industry v. Deverell”, *Comp. Law.*, 22-3 (2001), pp. 90-91.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, Civitas, 1993.

-, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, 20 (2003), pp. 67-109.

-, “La sociedad en comandita.”, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., t. I, Madrid, Civitas, 2006, pp.743-774.

-, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, URÍA, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., t. I, Madrid, Civitas, 2006, pp. 1469-1495.

-, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 2007.

-, “El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos”, *InDret*, 1 (2008), pp. 1-74.

-, “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, *InDret*, 2 (2009), pp. 1-21.

-, “La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y viejas reglas”, *InDret*, 1 (2014), pp. 1-53.

-, “Anatomía del deber de lealtad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 569-611.

PEÑAS MOYANO, B., “Los acuerdos sociales *inimpugnables*: una categoría todavía atípica en Derecho español de sociedades, pero ya validada por la doctrina de la *prueba o test de resistencia*”, *RdS*, 43 (2014), pp. 335-356.

PEÑAS MOYANO, Mª. J., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

PERDICES HUETOS, A. B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, Civitas, 1997.

-, “Significado actual de los *administradores de hecho*: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2011 (RJ 2001, 7489)”, *RdS*, 18 (2002), pp. 277-287.

PÉREZ ALGAR, F., *La interpretación histórica de las normas jurídicas: análisis del artículo 3.1. del Código civil*, Barcelona, Bosch, 1995.

PÉREZ DE CASTRO, N., “Designación de un menor emancipado como administrador de una sociedad anónima”, *RJC*, 86-3 (1987), pp. 719-734.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., “La administración de la sociedad anónima europea”, *CDC*, 47 (2007), pp. 213-266.

PÉREZ DÍAZ, M., “La Administración de la Sociedad Anónima a través de una persona jurídica”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2945-2965.

PÉREZ HEREZA, J., “Los estatutos sociales”, *CDC*, Extra 1-1 (2015), pp. 189-248.

PÉREZ MORENO, A., *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1969.

PÉREZ MORIONES, A., *El contrato de gestión hotelera*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

PÉREZ TROYA, A., “La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho mercantil”, *RDM*, 288 (2013), pp. 27-88.

PÉRIN, P-L., SAS. *La société par actions simplifiée*, 3^a ed., Paris, Lextenso, 2008.

-, “L’inscription au RCS du représentant permanent d’un dirigeant de SAS est possible”, *Bull. Joly Soc*, 7-8 (2015), p. 348, BJS113t5.

PERLITT, J., “§ 278 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 4^a ed, vol. 5, C. H. Beck, München, 2015, Mg. 316-319.

PESCATORE, G., “Società di capital amministratrice di altra società di capitali”, *Giur. Comm.*, 1 (2009), pp. 1158-1176.

-, *L’amministratore persona giuridica*, Milano, Giuffrè, 2012.

-, “Prossima fermata: persona giuridica amministratore di fatto”, *Giur. Comm.*, 4 (2014), pp. 647 y ss.

PÉTEL, P., *Le contrat de mandat*, Paris, Dalloz, 1994.

PINO SÁNCHEZ, A., “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los administradores sociales”, ARIAS VARONA, F. J., RECALDE CASTELLS, A. (coords.), *Comentario práctico a la nueva normativa de gobierno corporativo*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 117-122.

PIOT, G., “Un syndicat professionnel peut-il être administrateur d’une société anonyme”, *Jour. Soc.*, 52-4 (1931), pp. 193-203.

POLO DÍEZ, E., “Ámbito del poder de representación de los administradores de S.A. y S.R.L. en el proyecto de Ley de reforma”, *RJC*, 87-4 (1988), pp. 847-876.

POLO SÁNCHEZ, E. M., “El ejercicio del cargo de administrador de la sociedad anónima por las personas jurídicas”, *RDM*, 98 (1965), pp. 199-236.

-, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, URÍA, R.,

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA RUIZ, M. (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VI, Madrid, Civitas, 1992.

-, “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, *RGD*, 634-635 (1997), pp. 9119-9142.

-, E. M., “Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra administradores de las sociedades de capital”, *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 1411-1436.

PORACCHIA, D., “Le dirigeant de fait personne morale par l’intermédiaire d’une personne physique administrateur à titre personnel”, *Rev. Soc.* 4 (2006), pp. 900-911.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, Civitas, 1996.

-, GONZÁLEZ GALÁN, S., “La delegación de voto por el representante de un consejero persona jurídica”, *RdS*, 45 (2015), pp. 445-462.

-, *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Madrid, Civitas, 2015.

POTTIER, E., L’HOMME, T., “La loi corporate governance du 2 août modifiant le Code des Sociétés”, *RDCB*, 4 (2005), pp. 311-355.

PRIESTER, H-J., “Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär”, *ZHR*, 160 (1996), pp. 250-264.

-, “Betriebsführungsverträge im Aktienkonzern – organisationsrechtliche Instrumente”, *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag*, Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 875-890.

PUIG BRUTAU, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *RDP*, 45 (1961), pp. 361-371.

PULGAR EZQUERRA, J., “Conversión en sociedad holding o de cartera, ¿sustitución o modificación del objeto social?”, *RdS*, 2 (1994), pp. 201-207.

-, “La Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley*, 8391 (2014), pp.11-30 [versión electrónica].

QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*, Valladolid, Universidad de Valladolid/Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca, 1985.

-, “Principales aspectos del estatuto jurídico de los administradores: nombramiento, duración, retribución, conflicto de interés, separación. Los suplentes”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 643-676.

-, J., “La responsabilidad de los consejeros”, ESTEBAN VELASCO, G. (ed.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 537-594.

-, “La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración”, *RdS*, 19 (2002), pp. 73-87.

-, “Estatuto de los administradores: (Selección, nombramiento y cese de consejeros. Información y dedicación de los consejeros) (Recomendaciones 23 a 34”, *RdS*, 27 (2006), pp. 115-135.

-, “Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1700-1707.

-, “Artículo 238. Acción social de responsabilidad”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1708-1715.

RAPP, C., *Juristische Personen als Mitglieder der Leitungs- und Überwachungsorgane von Aktiengesellschaft und Societas Europaea mit Sitz in Deutschland: Überlegungen de lege ferenda vor dem Hintergrund des französischen Rechts*, Diss. Universität des Saarlandes, 2006.

RECALDE CASTELLS, A., “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores: la business judgement rule”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. J. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 629-663.

REDONDO TRIGO, F., “La filiación de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011”, *RCDI*, 730 (2012), pp. 1165-1188.

RESCIO, G. A., “La Società Europea: tra diritto comunitario e diritto nazionale”, *Riv. Soc.*, 5 (2003), pp. 965-994.

RIBAS FERRER, V., “Artículo 227. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1627-1631.

-, “Artículo 228. Prohibición de aprovechar las oportunidades de negocio”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1631-1636.

-, “Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1659-1663.

-, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.

-, “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *RdS*, 38 (2012), pp. 73-154.

RIBELLES ARELLANO, J. M^a., GIMÉNEZ RAMÓN, R., “Los administradores: nombramiento, número y garantías”, GIMENO-BAYÓN COBOS, R., GARRIDO ESPA, L. (dirs.), *Órganos de la sociedad de capital*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 633-655.

RICCIO, A., “La società di capital può, dunque, essere socia ed amministratore di una società di persone”, *Contr. imp.*, 1 (2004), pp. 314-322.

-, “La società di capital può, dunque, esercitare la funzione di amministratore”, *Contr. imp.*, 1 (2007), pp. 17-29.

RIPERT, G., ROBLOT, G., GERMAIN, M., *Traité de droit commercial*, 15^a ed., t. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Las *instrucciones del mandante* y su relevancia en el negocio representativo”, CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L. A., ORTEGA DOMÉNECH, J. (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 669-696.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejos de administración*, Madrid, Montecorvo, 1971.

-, “Notas al régimen jurídico del director general en la SA”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 113-139.

-, “Determinación estatutaria del objeto social”, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., ESTEBAN VELASCO, G., GARCÍA VILLAVERDE, E., SÁNCHEZ CALERO, F. (coords.), *Derecho de sociedades anónimas [en homenaje al Prof. Dr. D. José Girón Tena]*, t. I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 143-166.

-, *La representación de los accionistas en la Junta general de la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1991.

-, “La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima”, *RdS*, 1 (1993), pp. 91-114.

-, “El órgano administrativo de la sociedad de responsabilidad limitada en el anteproyecto de junio de 1993”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 3191-3220.

-, “El deber de diligencia”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 419-446.

-, “La representación de los accionistas como instrumento de poder corporativo”, *RDBB*, 104 (2006), pp. 55-82.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Jornadas sobre la reforma de las sociedades de capital. Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, QUINTANA CARLO, I. (dir.), *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, Madrid, Trivium, 1989, pp.121-170.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “Requisitos para ser administrador y extensión subjetiva de la responsabilidad –el régimen contenido en los artículos 212, 236 y 237 de la Ley de Sociedades de Capital

tras la reforma de la Ley me mejora del gobierno corporativo”, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 735-764.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., “Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas del Estatuto de Sociedades Anónima Europea y Quinta Directiva”, *RGD*, 577-578 (1992), pp. 10177-10223.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I., “El representante del administrador persona jurídica”, *RDBB*, 128 (2012), pp. 35-66.

- “La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica en el concurso culpable”, *ADConc.*, 30 (2013), pp. 139-178.

-, “El administrador oculto”, *RDBB*, 138 (2015), pp. 7-48.

RODRÍGUEZ GARCÍA, A., “La designación de la persona física representante de la persona jurídica administradora de una sociedad: interpretación del art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 161 (1994), pp. 1131-1135.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., “Las distintas clases de consejeros. La duración del cargo de administrador”, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, pp. 259-288.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Los consejeros independientes en las sociedades de capital españolas*, Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008.

-, “Quorum de constitución del Consejo de Administración de la S.A. Efectos jurídicos de la existencia de vacantes (el Consejo deficitario). Ideas y propuestas para una futura reforma”, *RdS*, 42 (2014), pp. 131-152.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., HUERTA VIESCA, M^a. I., *La responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1995.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S., “La aplicación de la denominada *prueba de resistencia*: comentario de la STS (1^a) de 15 de enero de 2013), *RDM*, 292 (2014), pp. 629-646.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., “S.A., S. en C”, *RDM*, 156 (1980), pp. 245-254.

-, “La facultad de cooptación del Consejo de administración”, *RDM*, 189-190 (1988), pp. 367-434.

ROMANO, R., “The State Competition Debate in Corporate Law”, *Cardozo L. Rev.*, 8 (1986-1987), pp. 709-757.

-, “Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance?”, *Oxf. Rev. Econ. Pol.*, 21-2 (2005), pp. 212-231.

ROMERO Y GIRÓN, V., *El nuevo Código de Comercio para la península y las Antillas*, 2^a ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1886.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores: 2^a edición”, *InDret*, 1 (2005), pp. 1-39.

-, “El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 5^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 551-594.

-, “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 383-424.

RUANO BORRELLA, J. P., “El órgano de administración después de la reforma de 1989”, AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles*, t. II, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991, pp. 171-204.

-, “Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 19 de junio de 1996”, *RCDI*, 638 (1997), pp. 119-148.

RUBIO GARCÍA-MINA, J., *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, 3ª ed., Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1974.

RUIZ MUÑOZ, M., “La retribución de los administradores y los altos ejecutivos de las sociedades de capital: libertad, transparencia y control (la modificación de la LSC por la Ley 31/2014 y el ALCM)”, MORILLAS JARILLO, Mª, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 860-893.

SACRISTÁN BERGIA, S., *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, 2003.

SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, Civitas, 1990.

SÁEZ LACAVE, M^a I., PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “Los contratos pendientes de ejecución en la fusión”, *RDM*, 243 (2002), pp. 45-70.

SAGLIOCCA, M., “Persona giuridica amministratore di società di capitali e designazione di un rappresentante”, *Riv. Not.* 4 (2011), pp. 78 y ss.

SAINTOURENS, B., *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, Dalloz, 1994.

-, “Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août de modernisation de l'économie”, *Rev. Soc.*, 3 (2008), pp. 477-492.

SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Madrid, Deusto, 1990.

SALELLES CLIMENT, J. R., *El funcionamiento del consejo de administración*, Madrid, Civitas, 1995.

SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 247. Constitución del consejo de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1782-1787.

SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 251. Impugnación de acuerdos del consejo de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 1811-1819.

SALELLES CLIMENT, J. R., “Artículo 252. Administración de la sociedad comanditaria por acciones”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. I, 2011, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 1820-1829.

SALELLES CLIMENT, J.R., VERDERA SERVER, S., *El Patronato de la Fundación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1997.

SALOM Y PUIG, S., DEL VISO, S., *Derecho Mercantil de España*, 3ª ed., Valencia, Imprenta y librería de Ramón Ortega, 1886.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1993.

-, “Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”, AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 3395-3414.

-, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., *Propuesta de código de sociedades mercantiles: aprobada por la Sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2002.

SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SÁNCHEZ RUIZ, M., “Apoderamiento general en favor de un consejero (STS 19 de febrero 1997)”, *RdS*, 9 (1997), pp. 347-356.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las participaciones recíprocas en la Ley de Sociedades Anónimas”, *RDBB*, 39 (1990), pp. 487-534.

-, “Competencia entre la sociedad y sus directivos”, *RdS*, 18 (2002), pp. 24- 44.

SANCHO GARGALLO, I., “La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)”, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.,

QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SAN PEDRO, L. A., ESTEBAN VELASCO, G. (dirs.), RONCERO SÁNCHEZ, A. (coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 613-632.

SANDHAUS, J., *Der Kreditgeber als faktischer Geschäftsführer einer GmbH*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

SANFILIPPO, P. M., “Eleggibilità di persona giuridica a liquidatore o anche ad amministratore di società di capitali”, *Giur. Comm.*, 3 (2008), pp. 654-676.

SBISÀ, G., “Sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento di società”, *Contr. Imp.*, 4-5 (2009), pp. 807-821.

SCHMIDT, K., “Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien?”, *ZHR*, 160 (1996), pp. 265 -287.

-, “Zehn Jahren GmbH & Co KgaA – Zurechnungs- und Durchgriffsprobleme nach BGHZ 134, 392”, *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, 2007, Köln, Otto Schmidt, 2007, pp. 691-712.

-, “150 Jahre Kommanditgesellschaft auf Aktien: Balanceakte eines Sonderlings”, BAYER, W., HABESACK, M. (eds), *Aktienrecht im Wandel*, Band II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1188-1211.

-, “Betriebspacht, Betriebsüberlassung und Betriebsführung im handelsrechtlichen Stresstest”, *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München C. H. Beck, 2013, pp. 1503-1070.

SCHMIDT, J., *Deutsche vs. britische Societas Europaea (SE): Gründung, Verfassung, Kapitalstruktur*, Gottmandigen, JWV, 2006.

SCHNEIDER, U. H., SCHNEIDER, S. H. “§6 GmbHG”, *Scholz GmbHG*, 11^a ed., t. I, Köln, Otto Schmidt, 2012, pp. 432-472.

SCHÖNBORN, A., *Die monistische Societas Europaea in Deutschland im Vergleich zum englischen Recht*, Baden-Baden/München, Nomos/C. H. Beck, 2007.

SCHRÖER, H., “AktG § 133”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, vol. III, 3ª ed., vol. 3, C. H. Beck, München, 2013, pp. 664-689.

SCHUBERTH, E-M., *Konzernrelevante Regelungen im britischen Recht*, München, C. H. Beck, 1997.

SCHÜRMAN, W., GROH, E., “KGaA und GmbH & Co. KGaA. Neue Aspekte einer interessanten Gesellschaftsform“, *BB*, 14 (1995), pp. 684-688.

SCHWARZ, G. C., *Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) Kommentar*, München, C. H. Beck, 2006.

SEIBT, C. H., “§ 76”, SCHMIDT, K., LUTTER, M. (eds), *AktG Kommentar*, 3ª ed., t. I., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 1183-1218.

SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2008.

-, “La incorporación de la business judgment rule al Derecho español: el proyectado art. 226 de la Ley de Sociedades de Capital”, *La Ley Mercantil*, 6 (2014), pp. 1-16.

SETHE, R., *Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang: die reformierte KGaA als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen*, Köln, Schmidt, 1996.

SIEMS, M. M., “Art. 47 SE-VO”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., t. 8-2, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, pp. 80-91.

SIMON, H. V., “Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften”, *LZ*, (1908), pp. 1-24.

SIMONS, C., “§100 AktG”, *AktG. Aktiengesetz*, HÖLTERS. W. (ed.), München, C. H. Beck/Vahlen, 2014, pp. 773-779.

SIRI, M., “Clause statutarie e *control devices* in una fifty-fifty incorporated joint-venture”, *Dir. Comm. Int.*, núm. 3-1, 1989, pp. 247-265.

SOLÁ CAÑIZARES, F., *Tratado de Sociedades de responsabilidad limitada en el derecho español con especial referencia a las legislaciones extranjeras*, Barcelona, Ed. Slavador. Rosas Bayer, 1951

SOTILLO MARTÍ, A., “Art. 24. Actividades económicas”, OLAVARRÍA IGLESA, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 639-662.

SOTO NIETO, F., “Aspectos fundamentales de la representación”, *RJC*, 73-3 (1974), pp. 543-602.

-, “Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva”, *RDP*, 64 (1980), pp. 782-806.

SOTO VÁZQUEZ, R., *Nuevo régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, Granada, Comares, 1990.

SPINDLER, G., “§ 76 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2 München, C. H. Beck, 2008, pp. 47-107.

-, “§ 84 AktG”, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, 3ª ed, vol. 2, München, C. H. Beck, 2008, pp. 242-341.

-, “§ 133”, SCHMIDT, K., LUTTER, M. (eds), *AktG Kommentar*, 3ª ed., t. I., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 2234-2256.

-, “§100 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, 3ª ed., vol. I, München, C. H. Beck, 2015, pp. 1512-1539.

STAUB, H., *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, t. I, Wien, Manziche, 1908.

STELLA RICHTER JR., M., “La costituzione delle società di capitali”, ABBADESSA, P., PORTALE, G. B. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, Torino, Utet, 2007, pp. 268-302.

STOLFI, G., “In tema di partecipazione di una società di capitali ad una società di persone”, *Riv. Dir. Comm.*, 2 (1970), pp. 110-122.

TAITHE, A-G., *La s.a.r.l. société a responsabilité limitée*, Paris, Dunod, 1969.

TEBBEN, J., “§ 6 GmbHG”, MICHALSKI, L., *GmbHG*, München, C. H. Beck, 2^a ed., 2010, pp. 822-905.

TEICHMANN, C., “Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 3 (2002), pp. 383-464.

-, “La Societas Europaeae (SE) entre el Derecho nacional y el europeo”, *Not. UE*, 252 (2006), pp. 111-127.

-, “Europäisches Konzernrecht: vom Schutzrecht zum Enabling Law”, *AG*, 6 (2013), pp. 184-197.

-, “§ 27 SEAG”, LUTTER, M-. HOMMELHOFF, P. (eds.), *SE-Kommentar: SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht*, 2^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 600-608.

-, “Art. 47 SE-VO”, LUTTER, M-. HOMMELHOFF, P. (eds.), *SE-Kommentar: SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht*, 2^a ed., Köln, Otto Schmidt, 2015, pp. 731-741.

-, “Einsatzmöglichkeiten der Soceitas Unius Personae (SUP)”, LUTTER, M., KOCH, J. (eds.), *Societas Unius Personae (SUP)*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2015, pp. 37-64.

TEICHMANN, C., FRÖLICH, A., “Societas Unius Personae (SUP): Facilitating Cross-Border Establishment”, *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 21-3 (2014), pp. 536-544.

THOMASCHEWSKI MELEGARI, M^a. R., “La nueva sociedad comanditaria por acciones: una aproximación a sus principales problemas”, *RJC*, 90-3 (1991), pp. 641-669.

THÜSING, G., “Bestellung und Anstellung des Vorstands”, FLEISCHER, H. (ed.), *Handbuch des Vorstandsrechts*, München, C. H. Beck, 2006, Rn. 1-137.

TOMBARI, U., “La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo *modello di organizzazione dell’attività di impresa*”, *Riv. Soc.*, 2-3, (2006), pp. 185-206.

-, “Il *Diritto dei Gruppi*: primi bilanci e prospettive per il legislatore comunitario”, *Riv. Dir. Comm.*, 113-1 (2015), pp. 67-91.

TURING, D., “Lender liability, shadow directors and the case of Re Hydrodan (Corby) Ltd”, *J.I.B.L.*, 9-6 (1994), pp. 244-246.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, Civitas, 1998.

ULMER, P., “Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern”, *ZHR*, 148 (1984), pp. 391-427.

-, “§ 6 GmbHG ”, *GmbHG Grosskommentar Hacheburg*, 8^a ed., vol I, De Gruyter, Berlin/New York, 1992, pp. 364-374.

VALENZUELA GARACH, F. J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (art. 262.5 LSA)”, *Not. UE*, 270 (2007), pp. 79-89.

VAN HILLE, J-M., *La société anonyme. Aspects juridiques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

VANHAECKE, M., *Les groupes de sociétés*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

VÁZQUEZ CUETO, J. C., “La inscripción del cese de los administradores y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad”, *RCDI*, 743 (2014), pp. 1033-1102.

VÁZQUEZ LEPINETTE, T., “Calificación concursal subordinada del administrador de hecho. Especial referencia a las administraciones públicas (Comentario a la SAP Vizcaya de 17 de septiembre de 2013)”, *RDGP*, 20 (2014), pp. 323-326.

VEELKEN, W., *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1975.

VEIGA COPO, A. B., “Artículo 491. Impugnación de acuerdos de los órganos de administración”, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2010, pp. 3248-3251.

VEIL, R., “§291 AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG. Kommentar zum Aktiengesetz*, § 150-410, 3ª ed., München, C. H. Beck, 2015, pp. 1227-1247.

VELASCO SAN PEDRO, A., “La información en el consejo de administración: derechos y deberes del consejo y de los consejeros”, ESTEBAN VELASCO, G. (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid Marcial Pons, 1999, pp. 305-372.

VENTURA-TRAVERSESET HERNÁNDEZ A., “Sociedad comanditara por acciones”, *AAMN*, 30-2 (1991), pp. 93-128.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “El régimen jurídico de las Sociedades Comanditarias por acciones en el Anteproyecto de Ley de Reforma”, BLANQUER UBEROS, R., HERNÁNDEZ CRESPO, C. M. (pres.), ALONSO UREBA, A. CHICO ORTIZ, J, M^a., LUCAS FERNÁNDEZ, F. (coords.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades)*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1987, pp. 889-907.

VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 2^a ed., vol. I, Barcelona, Bosch, 1986.

-, *Introducción al Derecho Mercantil*, 23^a ed., vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

-, “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”, *RDM*, 280 (2011), pp. 19-43.

-, “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de Código Mercantil de 2014”, *RDPat.*, 36 (2015), pp. 25-67.

-, “Reivindicación de la comanditaria por acciones ante el anteproyecto de ley de Código mercantil”, MORILLAS JARILLO, M^a, J., PERALES VISCASILLAS, P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 990-1007.

VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España”, BOQUERA MATARREDONA, J. (dir.), *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, pp. 29-52.

VIERA GONZÁLEZ, A. J., “La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada”, *RDM*, 270 (2008), pp. 1331-1392.

VIÑUELAS SANZ, M., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Dykinson, 2004.

VON GIERKE, O., *Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887.

VON WICHMANN ROVIRA, G., “Representación orgánica y conflicto de intereses: principios civiles y mercantiles (Primera parte)”, *RJN*, 86-87 (2013), pp. 11-66.

WAHL, A., “Une société peut-elle être gérante ou administrateur d’une autre société”, *Jour. Soc.*, 7 (1905), pp. 289-304.

WIEDEMANN, H., *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988.

WILLERMAIN, D., “Le statut de l’administrateur de société anonyme: principes, questions et réflexions”, *Rev. Prat. Soc.*, 6983 (2008), pp. 207-254.

WINTER, M., THEISEN, D., “Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis”, *AG*, 18 (2011), pp. 662-667.

YANES YANES, P., “La votación separada por asuntos”, *RDM*, 299 (2015), pp. 33-80.

YAP, J. L., “De facto directors and corporate directorships”, *J.B.L.*, 7 (2012), pp. 579-588.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA REGISTRAL

I. ALEMANIA

1. *Bundesgerichtshof*

BGH Urt. v. 25.02.1982, BGHZ 83, 122 = *NJW* 1982, 1703

BGH Urt. v. 24.02.1997, II ZB 11/96 = *ZIP* 23 (1997), 1027

BGH Urt. v. 05.10.1981, II ZR 203/80 = *NJW* 1982, 1817 (Caso *Holiday Inn*)

BGH Urt. v. 9.03.2009 = *DnotZ* 2009, 766-780

2. *Oberlandesgerichte*

OLG Karlsruhe 29.07.1996 = *ZIP* 1996, 1787

OLG Hamburg 5.12.1968, 2 W 34/68 = *NJW* 1969, 1030

II. FRANCIA

1. *Cour de Cassation*

Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 21 juillet 1975, 74-11746

Cour de Cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 1986, 85-11307

Cour de Cassation, chambre commerciale, 30 mai 2000, 97-18457

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 juin 2006, 04-15.831

Cour de Cassation, chambre commerciale, 29 février 2012, 10-27259

Cour de cassation, Chambre commerciale, 19 novembre 2013, 12-16.0992

2. Cours d'Appel

Cour d'appel de Paris, 15 février 1990, 88-2307

Cour d'Appel Toulouse, 2e ch., 30 juin 1997, n. 357

Cour d'Appel Nancy, 2e ch., 17 septembre 1998, 98-001227

Cour d'Appel Poitiers, chambre civile, 20 septembre 2011, 11-02212

Cour d'Appel Paris, 5e ch., 4 juillet 2013, 11-06318 (Caso Cahema)

Cour d'Appel Paris, 8e chambre, 1 juillet 2014, 14-0437

Cour d'Appel Versailles, 12e chambre, 3 février 2015, 14-06747

Comité de coordination des registres du commerce et des sociétés

Comité de coordination des registres du commerce et des sociétés, Avis n. 2015-04, Q. 123, 5 de febrero de 2015, pp. 1-4

III. ESPAÑA

1. Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Civil), de 31 octubre de 1984 [RJ 1984\5152]

STS (Sala de lo Civil) de 31 de octubre de 1984 (núm. 187) [Id Cendoj 28079110011984100186]

STS de 13 noviembre 1989 [RJ 1989\8044]

STS (Sala de lo Civil) de 19 febrero 1997 [RJ 1997\1242]

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 25 septiembre de 2007 (núm. 951) [RJ 2007\784].

STS de 2 diciembre de 2013 (núm. 731) [RJ 2013\7833]

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 8 abril 2016 (núm. 224) [RJ 2016\1232]

2. Audiencias Provinciales

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 26 de enero de 2011 (núm. 19) [JUR 2011\182632]

SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 26 de junio de 2012 (núm. 393) [JUR 2012\244344]

SAP Alicante (Sección 8ª), de 30 de abril de 2014 (núm. 93) [JUR 2014\190171]

AAP Pontevedra (Sección 1ª), de 20 de noviembre de 2014 (núm. 201) [JUR 2015\38041]

SAP La Rioja (Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2014 (núm. 307) [JUR 2015\51466]

SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 16 de julio de 2015 (núm. 318) [JUR 2015\196022]

SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 21 de julio de 2015 (núm. 337) [JUR 2015\196067]

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 19 de abril de 2016 (núm. 83) [JUR 2016\144157]

3. Juzgados de lo Mercantil

SJM núm. 3 Barcelona de 5 de octubre de 2007 [AC 2009\808]

SJM núm. 3 de Vigo (Pontevedra), de 25 de mayo de 2012 [AC 2012\381]

SJM núm. 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2014 (núm. 2) [JUR 2015\102597]

SJM núm. 1 de Málaga, de 31 de marzo de 2014 [JUR 2014\228693]

SJM núm. 1 de Alicante, de 22 de enero de 2015 (núm. 13) [JUR 2015\91318]

4. Dirección General de los Registros y del Notariado

RDGRN de 31 de marzo de 1979 [RJ 1979\949]

RDGRN de 31 de octubre de 1979 [RJ\1989\7052]

RDGRN de 24 de abril de 1980 [RJ\1980\1608]

RDGRN de 18 de junio 1980 [RJ 1980\2539]

RDGRN de 2 de octubre 1981 [RJ 1981\4081]

RDGRN de 24 de febrero de 1986 [RJ 1986\1017]

RDGRN de 16 de marzo 1990 [RJ 1990\2302]

RDGRN de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2534]

RDGRN de 10 de septiembre 1991 [RJ 1991\6233]

RDGRN de 25 de noviembre 1991 [RJ 1991\9676]

RDGRN de 12 de septiembre de 1994 [RJ 1994\7247]

RDGRN de 24 de noviembre 1998 [RJ 1998\9448]

RDGRN de 3 de junio de 1999 [RJ 1999\4193]

RDGRN de 8 de julio de 1999 [RJ\1999\4754]

RDGRN de 14 de febrero 2001 [RJ 2002\2154]

RDGRN de 22 de septiembre de 2010 [RJ 2010\5139]

RDGRN de 18 de mayo de 2012 [RJ 2012\7864]

RDGRN de 18 de julio de 2012 [RJ 2012\10093]

RDGRN de 31 de julio de 2014 [BOE, núm. 231, secc. III, pp. 74350-74354.
Martes 23 de septiembre de 2014]

IV. ESTADOS UNIDOS

Court of Chancery of the State of Delaware

Stewart v. Willmington Trust SP Services, Inc., 112 A.3d 271 (2015)

V. ITALIA

1. *Corte di Cassazione*

Cassazione civile, sez. II, 24/10/2006, n. 22840

1. *Tribunale*

Tribunale Milano sez. VIII, 27.02.2012

2. *Massime Notarili*

Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, *Pistoia e Prato, Massima 17. Società amministrative di società di capitali*, 17 (2010), 8 novembre 2010, pp. 183-189

Consiglio Notarile Milano, *Massima 100. Persona giuridica amministratore di società di capitali (artt. 2380-bis e 2475 c.c.)*, 11 (2007), pp. 71-72

VI. REINO UNIDO

1. *Supreme Court*

Michael Holland v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and another, 24 de noviembre de 2010, UKSC 51 [2010 WL 4689481]

2. *Court of Appeal*

Re Kaytech International plc. Potier v. Secretary of State for Trade and Industry, Secretary of State for Trade and Industry v. Solly, Court of Appeal (Civil Division), 30 November 1998, [1999] B.C.C. 390

Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2001] Ch. 340 (CA (Civ Div), p. 3690

Edward Christopher Wetton (As Liquidator of Mumtaz Properties Limited) v. Saeed Ahmed, Shafiq Ahmed, Mumtaz Ahmed, Munir Ahmed, Zafar Ahmed, Case No: A2/2010/2151 & 2905

Smithton Ltd (formerly Hobart Capital Markets Ltd) v. Naggar, A3/2013/2488, Court of Appel (Civil Division), 10 de julio de 2014 [2014 WL 3002704]

3. Chancery Division

Re Hydrodam (Corby) Limited, 17 de diciembre de 1993, [1994], B.C.C. 161
In Re Bulawayo Market and Offices Company, Limited, 23 de julio de 1907, 2 Ch. 458

VII. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 16 de diciembre de 2008, C-210/06, Cartesio

STJUE de 5 de marzo de 2015, C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA