

INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS LETRADOS ASESORES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SOBRE LA POSIBILIDAD DE DESIGNAR A LETRADOS-PERSONAS JURÍDICAS

Se ha solicitado informe sobre la posibilidad de que personas jurídicas actúen como Letrados asesores del órgano de administración de determinadas personas jurídicas en el marco de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- La norma aplicable.

La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, previó la necesidad de que contaran obligatoriamente con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las siguientes circunstancias (debiendo adaptarse las cuantías económicas a euros):

- Las sociedades domiciliadas en España cuando su capital sea igual o superior a 50 millones de pesetas; o el volumen normal de sus negocios (correspondiente al último ejercicio) alcance la cifra de 100 millones de pesetas; o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

- Las sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 50 millones de pesetas o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

La norma no era arbitraria, sino que respondía a una necesidad sentida ya en fecha que ahora nos parece tan lejana en el tiempo, como era el año 1975. Pero curiosamente las

razones de la Ley mantienen su vigencia y actualidad en el momento presente. Señala al respecto el primer párrafo del Preámbulo:

“Una gran mayoría de las sociedades mercantiles viene disfrutando del asesoramiento jurídico en el seno de sus órganos de dirección o de administración. Pero es lo cierto también que en otras sociedades, donde falta ese asesoramiento, se adoptan a veces acuerdos que, por ignorancia de la normativa vigente, dan lugar a actuaciones irregulares que desembocan en innecesarios conflictos ante los Tribunales”.

Los conflictos ante los Tribunales suponen un coste para las empresas. En numerosas ocasiones se trata de un coste asumible, no sólo por razón de su cuantía, sino principalmente porque supone la defensa del propio derecho o interés, cuya razonable satisfacción sólo puede alcanzarse ante los Tribunales en ciertas situaciones.

Ahora bien, ese coste deviene en inasumible cuando la sociedad mercantil se ve abocada a un conflicto *innecesario* como consecuencia del desconocimiento o de la ignorancia de su órgano administrador respecto del ordenamiento jurídico aplicable. Es más, con ser importante el daño o perjuicio que se causa a la sociedad mercantil misma, lo es más el que se causa a los socios, en quienes repercute directamente. Especialmente a aquellos socios que carecen de todo control sobre los actos o acuerdos sociales como no sea por la vía de su impugnación. Y se trata de conflictos evitables acudiendo al asesoramiento jurídico oportuno.

Los conflictos innecesarios ante los Tribunales suponen también un coste importante para el propio sistema judicial y para toda la sociedad. La pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero que supone dedicarse a resolver conflictos evitables resultan lamentables, máxime cuando ese tiempo, esfuerzo y dinero podría dedicarse a resolver otro tipo de conflictos, éstos sí inevitables, consiguiéndose así una mayor y mejor satisfacción del interés general.

La Ley de 1975 ha venido rigiendo pacíficamente y hoy día se mantiene en vigor. Esto no significa, por supuesto, que el grado de cumplimiento de sus previsiones sea absoluto ni tan siquiera generalizado y consciente. Tampoco implica que exista un control exhaustivo sobre dicho cumplimiento o incumplimiento. Ahora bien, parece que nos encontramos ante una medida adecuada, sencilla y proporcionada para conseguir un objetivo justo.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el tejido empresarial español ha sufrido transformaciones importantes desde 1975. Esa gran evolución ha sido consecuencia de procesos internos y también de otros de carácter internacional. No cabe duda de que

nuestra incorporación o adhesión a la Comunidad (Unión) Europea y la consiguiente recepción del acervo comunitario marca un hito en nuestra historia reciente.

Es cierto también que hemos asistido y estamos asistiendo a un proceso desregulador y liberalizador, especialmente en los últimos años, que debe ser tenido en cuenta para comprender la realidad social española actual.

La desregulación es necesaria siempre que con ella se favorezca la situación de determinadas empresas, ya sean públicas o privadas, suprimiendo trámites innecesarios y simplificando en la medida de lo posible sus relaciones con las Administraciones Públicas o con quien ejerce potestades públicas por delegación o atribución legal.

Pero desregular no es dejar vacíos normativos, ausencia de ordenamiento jurídico, sino suprimir de éste aquellos mecanismos y requisitos que a luz de las continuas transformaciones y evolución han dejado de ser útiles. Tal vez en este sentido resultaría más correcto referirnos, como hacen los británicos, a la “*mejor regulación*” razonable y flexible.

Muy unido a este concepto se encuentra el conocido “*principio de subsidiariedad*”, utilizado en diversos ámbitos, sectores y tipos de relaciones. En lo que ahora interesa podría reconducirse a la afirmación de que las autoridades públicas deben completar, no sustituir, la acción de los individuos y de los grupos intermedios. Esto es, si los particulares y entidades privadas que operan en una determinada actividad pueden conseguir sus fines legítimos -y legales, en su caso- por sí mismos, el poder público debe abstenerse de intervenir. Solamente se legitima la intervención pública cuando los objetivos no pueden alcanzarse, esto es, con carácter subsidiario a la actuación de los privados.

Algunos podrán pensar que liberalizar también es suprimir la intervención preceptiva de los Letrados asesores en aquellas sociedades mercantiles cuya dimensión lo aconseja, según criterio del legislador. Podrán pensar que liberalizar es suprimir requisitos aunque sean aconsejables y positivos para todos: para la sociedad mercantil, sus socios, sus interlocutores, los Tribunales y la sociedad en general.

Es más, en el momento actual nos encontramos muy frecuentemente -también en parte como consecuencia del proceso privatizador- con numerosas sociedades mercantiles cuyo capital social se encuentra *atomizado*, es decir, distribuido en pequeñas cuotas entre numerosos socios. Ello conlleva que el órgano de administración se *apodera* de la sociedad, en tanto que la Junta general se convierte en un órgano con una capacidad real muy minada

o limitada para controlar al administrador que, además, suele ser depositario (por las razones que sea) de gran número de delegaciones o mandatos de pequeños socios.

En estos casos, el dueño de la sociedad no tiene la aptitud efectiva para ejercitar su derecho, situándose con una preeminencia absoluta el órgano administrador o de gestión. No parece difícil concluir sin más que dicho órgano debe disponer de un asesoramiento independiente efectuado por un abogado colegiado que, al menos, confronte claramente sus propuestas con la norma jurídica de aplicación y advierta de las posibles consecuencias. Ello redundará, por supuesto, en beneficio del asesorado, pero principalmente también a favor de la sociedad y de los socios.

No puede olvidarse que el abogado queda sometido, en su ejercicio profesional, a la normativa legal y estatutaria, así como al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional. Todo ello es o debe ser, si creemos en las instituciones, garantía suficiente para el correcto ejercicio de su función.

De esta forma se sigue justificando hoy día una regulación, sin duda restrictiva, pero acorde a los criterios del Derecho de la competencia,- salvo alguna previsión concreta a la que luego nos referiremos-, que respeta la reserva de ley contenida en el art. 36 de nuestra Constitución (a pesar, incluso, de tratarse de una Ley preconstitucional) y supone una atribución profesional con carácter exclusivo y excluyente para los abogados, buscando la satisfacción del interés general.

La Ley se encuentra vigente, pero necesita una lógica adaptación interpretativa a la realidad actual. Al igual que su reglamento, aprobado por Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los Letrados a las sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre. Sin duda, la norma reglamentaria se encuentra necesitada de una reflexión que la actualice o que, simplemente, la suprima.

Junto a estas normas, existen en el momento actual una serie de Leyes autonómicas reguladoras de las sociedades cooperativas que contienen menciones específicas a la necesidad de contar con un Letrado asesor.

Segunda.- Funciones del Letrado asesor.

La función del Letrado asesor es precisamente la que se corresponde con su denominación, esto es, *“asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten*

por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional” (art. 1.3 de la Ley).

De esta forma se garantiza la correcta separación entre las funciones que corresponden, en el caso de órganos colegiados de administración, al Secretario y al Letrado asesor. Bien es cierto que la práctica demuestra en un número muy significativo de casos que ambas funciones son ejercidas por una misma persona, posibilidad que la Ley admite.

El breve Reglamento de la Ley pretende especificar los supuestos concretos de intervención de los Letrados. Y así se refiere a los acuerdos de convocatoria de las juntas generales y a los acuerdos que adopte el órgano de administración en ejecución de acuerdos de las Juntas generales.

Conviene recordar, no obstante, que la mención originalmente contenida en el art. 1.4 de la Ley, después recogida en el Reglamento, preveía que *“en la certificación de todo acuerdo inscribible se hará constar expresamente que ha tenido lugar la intervención del Letrado asesor que la Sociedad tenga designado o que la Compañía no está comprendida en ninguno de los supuestos que hacen obligatoria su designación”*. Sin embargo, esta previsión fue derogada por 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 en materia de Sociedades.

Los Letrados asesores se convierten así en un instrumento idóneo para garantizar la seguridad jurídica preventiva, la evitación de pleitos innecesarios y la regularidad en el tráfico jurídico-mercantil.

Tercera.- Requisitos para ser designado Letrado asesor.

A).- Colegiación de los Letrados asesores.

Prescribe la Ley en su art. 1.2 que *“el Letrado que se designe deberá pertenecer como ejerciente al Colegio de Abogados donde la Sociedad tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades, a elección de la Compañía que lo nombre”*.

Es obvio que el Letrado deberá estar colegiado como ejerciente, puesto que de otra manera no podría realizar los actos propios de la profesión de abogado. Sin embargo, el requisito de la incorporación a un Colegio determinado debe entenderse hoy día superado por la

regulación actual de la prestación de servicios profesionales, no sólo de ámbito nacional, sino también europeo.

El art. 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tal y como ha quedado tras la profunda reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Ómnibus) prevé lo siguiente:

“3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se registrarán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.

Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.

En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español”.

El art. 17.1 del estatuto General de la Abogacía Española contiene una norma análoga, al disponer que:

“Todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la

normativa vigente al respecto. Los abogados de otros países podrán hacerlo en España conforme a la normativa vigente al efecto”.

El principio de colegiación única determina que la incorporación como ejerciente a cualquier Colegio de Abogados de España sea suficiente para ejercer válidamente la profesión y específicamente para poder ser designado Letrado asesor del órgano de administración de cualquier sociedad mercantil, con independencia de cuál sea el lugar en que ésta tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades.

B).- Limitación del número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado.

El art. 2.1 de la Ley 39/1975 establece que el Letrado asesor no podrá desempeñar dicha función en más de cinco sociedades.

Se trata de una norma de difícil defensa en el momento actual. Si atendemos al año 1975 podía tener su justificación, habida cuenta los limitados medios tecnológicos con que contaban los profesionales y la consiguiente dificultad que suponía multiplicar la asistencia a un número significativo de sociedades mercantiles. Asimismo, la tradicional protección de los profesionales, buscando el acceso a un mercado limitado.

En el momento actual la limitación no tiene sentido si pretendiera justificarse en una imposibilidad física, ya que la atención al órgano de administración puede tener lugar por medios electrónicos o telemáticos en numerosas ocasiones. No obstante, esta falta de sentido no implicaría sin más la derogación de la norma.

Ahora bien, la existencia de una limitación de ese tipo afecta a las reglas más esenciales de la competencia entre profesionales, afectando a la correcta formación del mercado y, por consiguiente, la previsión legal puede entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

C).- Naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado.

La relación entre el abogado y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho. Y así, podrá ser de carácter laboral o de prestación de servicios. El propio art. 3 de la Ley así lo permite.

Es más, ni tan siquiera la Ley impone una contratación externa específica, que podría suponer un mayor coste económico para la empresa, sino que admite la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de Letrado o abogado en ejercicio.

El Reglamento de la Ley prevé la sustitución de Letrado en caso de enfermedad, ausencia o imposibilidad accidental.

D).- Llevanza por los Colegios de Abogados de un Registro especial.

La Ley 39/1975 impone en su disposición adicional la llevanza de un específico Registro de Letrados asesores a los Colegios de Abogados. En estos Registros deberán constar las circunstancias personales y fecha de nombramiento del Letrado, así como la denominación, domicilio y datos de la sociedad mercantil a que preste su asesoramiento.

Los Registros serán públicos para los abogados y para las sociedades mercantiles incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

Cuarta.- Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Ley.

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Ley o, por decirlo con más claridad, la omisión de la intervención de Letrado asesor cuando resulta preceptiva por la disposición legal, no afecta a la validez de los acuerdos.

De esta forma, el dinamismo y la seguridad del tráfico jurídico y económico protagonizado por las sociedades mercantiles incumplidoras no se ve afectado, lo que beneficia sin duda la posición de sus contrapartes en la contratación mercantil.

Tan sólo prevé la Ley que *“el incumplimiento de lo establecido en la presente Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador”* (art. 1.4, según redacción formulada por una Ley más reciente, la nº 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades).

Por tanto, se deja en manos del juzgador determinar la trascendencia del incumplimiento legal en los conflictos que se produzcan como consecuencia de los acuerdos o decisiones así adoptados. Esa exigencia legal de valoración es esencial por cuanto el desprecio consciente de la Ley -que se manifiesta claramente cuando el órgano administrador carece del mínimo interés por conocer y entender la norma aplicable, lo cual se da cada vez con más frecuencia entre quienes consideran incompatibles gestión y Derecho, primando a la primera en perjuicio del segundo- debe merecer un reproche adecuado, en especial cuando genera responsabilidad de cualquier tipo.

El hecho de tratarse de una Ley cuyo incumplimiento no genera una reacción directa e inmediata ha determinado una relajación en su aplicación.

Sin embargo, existe un elemento nuevo que ha de ser tomado en consideración. La obligación de velar por el cumplimiento de las Leyes en el seno de la persona jurídica no resulta en nuestro Derecho un fenómeno inédito y la reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 supone un salto cualitativo en la materia, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El legislador pretende con la reforma principalmente que las empresas colaboren activamente en la prevención y el descubrimiento de la delincuencia económica y, más específicamente, trata de evitar que la forma societaria sea utilizada para favorecer el delito, lo que tiene especial incidencia en el ámbito de la delincuencia organizada..

Dado que el nuevo art. 31 bis del Código Penal hace responder a la entidad por los hechos delictivos cometidos asimismo como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta aún más necesario un asesoramiento jurídico real y efectivo. Esta afirmación conecta muy directamente con el objeto del presente informe.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (modificadora del Código Penal) trata de prevenir que las personas jurídicas –en concreto, las empresas- opongan para lograr su exculpación el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno.

Entiende que existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituya un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la entidad. Añade que, sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la existencia de un *código de autorregulación, corporate defense, compliance*

guide, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la entidad a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica. Y particularmente, sus administradores –de hecho o de derecho- o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados.

Resulta pues indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia o no. El hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar no debe ni puede exonerar *per se* a la persona jurídica de su responsabilidad. Lo importante será acreditar –es una cuestión de prueba- si las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito atendiendo a las previsiones del art. 31 bis citado.

La Circular concluye que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un *código de autorregulación* de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará siempre de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas, con independencia de que las mismas obedezcan a una eventual autorregulación.

La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, es decir, qué han hecho los administradores o sus subordinados y si lo efectivamente realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso debe responder la persona jurídica y, conforme a la Ley 39/1975 a la que nos venimos refiriendo, parece obligado valorar la incidencia que ha tenido en la realización de las conductas una eventual ausencia de abogado que asesorara al órgano administración o, más aun, la realización de actos en contra de su consejo jurídico.

De lo expuesto se deduce aun con más intensidad la relevancia del asesoramiento jurídico por parte de los Letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles. La relevancia penal de las conductas que puedan cometer los miembros del órgano de administración y de sus decisiones, con efectos directos o indirectos para la persona jurídica, así lo exigen. Más aun, la elusión del asesoramiento jurídico real y efectivo directo y la mera sujeción a protocolos de actuación ya hemos visto que es insuficiente y no sirve como excusa exculpatoria, según la interpretación que mantiene la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011. Es pues preciso buscar el asesoramiento jurídico en cada caso concreto, para lo que la figura del Letrado asesor se revela idónea.

Quinta.- Posibilidad de designar Letrado asesor a personas jurídicas.

La redacción utilizada en la Ley 39/1975 hace referencia, no expresa pero sí tácita, a un Letrado asesor persona física. Así, exige que sea un colegiado ejerciente, lo que sólo puede predicarse –también ahora- de las personas físicas; permite que sus funciones sean asumidas por el Secretario o un miembro del órgano de dirección o de administración –aun cuando ciertamente pueden existir miembros representantes de personas jurídicas-; se prevé una limitación a cinco sociedades asesoradas –lo que resultaría absurdo en el caso de que se tratara de asesoramiento prestado por una persona jurídica-. La regulación de los supuestos de sustitución de Letrado asesor, recogida en el reglamento de la Ley, confirma esta tesis.

Sin embargo, la necesidad de interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas nos obliga a confrontar el texto legal con la realidad actual del ejercicio profesional de la abogacía en nuestro país, para concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Tradicionalmente, el ejercicio de la profesión de abogado ha sido individual, *intuitu personae*, basado en el prestigio, la confianza y otros valores esencialmente intangibles. Se trata del modelo más clásico asociado al concepto de profesión titulada. Esa forma de desenvolverse en el mercado permanece aún hoy día, si bien empieza a ser ya una excepción frente al denominado *ejercicio colectivo* que, a su vez, es desarrollado a través de muy diversas fórmulas.

La tendencia actual en el ejercicio de las profesiones liberales y en especial de la Abogacía es la de su ejercicio en grupo, para lo que la utilización del Derecho de sociedades ofrece las mejores posibilidades.

Sin embargo, hasta fechas recientes no habíamos contado con una normativa adecuada o específica, lo que exigía acudir a las instituciones jurídicas existentes, en especial a las societarias, así como utilizar con profusión la libertad de pactos admitida por el art. 1255 del Código Civil. Ahora contamos con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP).

En todo caso, el ejercicio colectivo puede llevar aparejada la constitución de una sociedad (es decir, la creación de una persona jurídica nueva) o no.

Según el tenor del art. 1.1 de la LSP, cuando se cree una sociedad que tenga por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional, ésta deberá constituirse precisamente como sociedad profesional.

No se trata en este momento de divagar en exceso acerca de la distinción entre las sociedades de (o entre) profesionales o sociedades de intermediación –que tienen por objeto proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual y en ocasiones la puesta en común de los resultados de esta actividad profesional individual, por lo que dudosamente suponen ejercicio colectivo al no prestar la sociedad servicios a terceros, sino a los propios profesionales, que mantienen un ejercicio individual- y las sociedades profesionales (o de ejercicio) –formadas por profesionales liberales para el ejercicio en común de la profesión-.

Lo cierto es que las sociedades profesionales sí implican un ejercicio colectivo directo de la abogacía. Más aun, el objeto social exclusivo de estas sociedades deberá ser la actividad profesional que desarrollen, admitiéndose las multidisciplinarias, es decir, las que desarrollan simultáneamente diversas actividades profesionales.

Es obvio, en todo caso, que deberán actuar a través de profesionales personas físicas, tal y como previene el art. 5 de la LSP, al disponer que:

“1. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas.

2. Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley”.

Ahora bien, las sociedades profesionales se convierten en verdaderos centros de imputación de actos y consecuentemente de responsabilidades.

Las sociedades profesionales siguen un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, aun cuando nos encontremos ante sociedades civiles.

Por otra parte, y en esto sí se afecta de modo directo a los Colegios Profesionales, se instaura un original sistema de registro colegial. Y así, se exige la inscripción de las sociedades profesionales en los Colegios Profesionales, debiendo crear cada uno de ellos un Registro de Sociedades Profesionales (art. 8.4 LSP), con el fin de posibilitar el ejercicio de las facultades

que el ordenamiento jurídico confiere a los Colegios en relación con los profesionales colegiados. Y es que las sociedades profesionales tendrán a estos efectos una consideración análoga a la de profesionales colegiados.

Estos Registros permitirán a los Colegios tener constancia clara y cierta, habida cuenta el carácter obligatorio de la inscripción, de todas las sociedades profesionales que están ejerciendo la profesión y quiénes son los profesionales que se integran en ellas. Con estos medios los Colegios Profesionales podrán cumplir su responsabilidad pública de mantener el respeto de la deontología profesional también en el ejercicio societario de la profesión, lo que es especialmente importante en el ámbito de la abogacía. Y podrán, en cuanto a la concreta materia que estamos analizando, conocer quiénes son los abogados que, por encontrarse *dentro* de una sociedad profesional, pueden actuar la función de Letrado asesor de una sociedad mercantil para la que la sociedad profesional haya sido designada.

En consecuencia, cuando se designe Letrado asesor a una sociedad profesional, ésta deberá en todo caso actuar social a través de un abogado colegiado, tal y como exige el art. 5.1 de la LSP. Se cubren así los requisitos o condiciones recogidos en la Ley 39/1975. La designación de una sociedad profesional permite, a su vez y en la mayor parte de los casos, que la sociedad mercantil receptora de sus servicios pueda disponer de un asesoramiento más especializado en diversas ramas del derecho, puesto que el ejercicio colectivo de la profesión tiene precisamente por objeto aunar diversos especialistas para un asesoramiento jurídico integral o *superespecializado*.

De los diferentes requisitos antes vistos necesarios para que se proceda a la designación de Letrado asesor no plantea problemas el de la colegiación por cuanto acabamos de ver, tampoco el de la limitación del número de sociedades que pueden ser asesoradas, puesto que cabe dar por reproducidas las observaciones y precisiones antes formuladas. La llevanza del Registro colegial especial resulta inocua a estos efectos.

Por último, sólo resta referirse a la cuestión relativa a la naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado, en este caso, la sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Es obvio que en este caso no cabe que la relación entre la sociedad profesional asesora y la sociedad mercantil asesorada sea cualquiera de las admitidas en Derecho. Y esto es así porque no cabrá la de carácter laboral. Deberá articularse pues siempre una relación de prestación (arrendamiento) de servicios.

Ahora bien, la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos sigue siendo teóricamente posible si ese Secretario o administrador resulta ser, a su vez, la misma sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Lo indicado con respecto a las sociedades profesionales resulta igualmente válido también para otras personas jurídicas que se encuentren capacitadas de acuerdo con las disposiciones legales y sus propios estatutos para ejercer la actividad profesional directamente y no se configuren como simples intermediarias en la relación entre el cliente sociedad mercantil y el abogado persona física que actúe como Letrado asesor.

Sexta.- La formación de los Letrados asesores.

No es objeto de este informe hacer propuestas de mejora de la regulación, sino simplemente constatar la existencia de un texto legal cuya aplicación no resulta absoluta en España. Sin embargo, al hilo de la exposición parece preciso recordar que la norma legal no exige ningún tipo de especialización ni de formación específica a los Letrados asesores, ni tan siquiera en Derecho societario o Derecho mercantil.

Conviene recordar, en cualquier caso, que corresponde al Consejo General de la Abogacía Española ordenar el ejercicio profesional de los abogados, así como autorizar la creación de Escuelas de Práctica Jurídica. Y corresponde a los Colegios de Abogados la formación profesional permanente de los abogados, así como crear y mantener las citadas Escuelas de Práctica Jurídica y organizar cursos para la formación y el perfeccionamiento profesional.

En este ámbito corresponde también a la abogacía y a sus Corporaciones representativas adoptar iniciativas para asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles. Para ello nada mejor que avanzar también en la oferta formativa específica a los colegiados, así como en el análisis y diseño de mecanismos de acreditación de la especialización que el mercado deberá valorar.

No cabe duda de que la formación permanente del abogado es un reto también permanente para sus Colegios profesionales.

Con base en lo expuesto, cabe sentar las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, se encuentra vigente y establece la obligación de que cuenten con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las circunstancias que el propio texto legal determina.

Segunda.- La función del Letrado asesor es precisamente asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas acrecienta la importancia del asesoramiento jurídico.

Tercera.- Sólo podrán ser designados Letrado asesor los abogados colegiados como ejercientes en cualquier Colegio de Abogados de España.

Cuarta.- Aun cuando la Ley limita el número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado a un máximo de cinco sociedades, tal previsión debe entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Quinta.-La relación entre el Letrado asesor y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho, tanto de carácter laboral, como de prestación (arrendamiento) de servicios, admitiéndose incluso la posibilidad de que la función sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de abogado en ejercicio.

Sexta.- Los Colegios de Abogados deben llevar un específico Registro de Letrados asesores.

Séptima.- La interpretación de la Ley con arreglo a la realidad social y normativa actual permite concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Octava.- Las peculiaridades del Letrado asesor persona jurídica no son extraordinarias, debiendo actuar siempre a través de un abogado persona física colegiado como ejerciente; y se centran principalmente en la naturaleza de la relación que le liga con la sociedad mercantil, que será de arrendamiento de servicios.

Novena.- Corresponde a los Colegios de Abogados asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles.

Madrid, a 10 de junio de 2011.

INFORME QUE EMITE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS LETRADOS ASESORES DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SOBRE LA POSIBILIDAD DE DESIGNAR A LETRADOS-PERSONAS JURÍDICAS

Se ha solicitado informe sobre la posibilidad de que personas jurídicas actúen como Letrados asesores del órgano de administración de determinadas personas jurídicas en el marco de la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles. Cabe formular al respecto las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- La norma aplicable.

La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, previó la necesidad de que contaran obligatoriamente con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las siguientes circunstancias (debiendo adaptarse las cuantías económicas a euros):

- Las sociedades domiciliadas en España cuando su capital sea igual o superior a 50 millones de pesetas; o el volumen normal de sus negocios (correspondiente al último ejercicio) alcance la cifra de 100 millones de pesetas; o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

- Las sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a 50 millones de pesetas o la plantilla de su personal fijo supere los 50 trabajadores.

La norma no era arbitraria, sino que respondía a una necesidad sentida ya en fecha que ahora nos parece tan lejana en el tiempo, como era el año 1975. Pero curiosamente las

razones de la Ley mantienen su vigencia y actualidad en el momento presente. Señala al respecto el primer párrafo del Preámbulo:

“Una gran mayoría de las sociedades mercantiles viene disfrutando del asesoramiento jurídico en el seno de sus órganos de dirección o de administración. Pero es lo cierto también que en otras sociedades, donde falta ese asesoramiento, se adoptan a veces acuerdos que, por ignorancia de la normativa vigente, dan lugar a actuaciones irregulares que desembocan en innecesarios conflictos ante los Tribunales”.

Los conflictos ante los Tribunales suponen un coste para las empresas. En numerosas ocasiones se trata de un coste asumible, no sólo por razón de su cuantía, sino principalmente porque supone la defensa del propio derecho o interés, cuya razonable satisfacción sólo puede alcanzarse ante los Tribunales en ciertas situaciones.

Ahora bien, ese coste deviene en inasumible cuando la sociedad mercantil se ve abocada a un conflicto *innecesario* como consecuencia del desconocimiento o de la ignorancia de su órgano administrador respecto del ordenamiento jurídico aplicable. Es más, con ser importante el daño o perjuicio que se causa a la sociedad mercantil misma, lo es más el que se causa a los socios, en quienes repercute directamente. Especialmente a aquellos socios que carecen de todo control sobre los actos o acuerdos sociales como no sea por la vía de su impugnación. Y se trata de conflictos evitables acudiendo al asesoramiento jurídico oportuno.

Los conflictos innecesarios ante los Tribunales suponen también un coste importante para el propio sistema judicial y para toda la sociedad. La pérdida de tiempo, esfuerzo y dinero que supone dedicarse a resolver conflictos evitables resultan lamentables, máxime cuando ese tiempo, esfuerzo y dinero podría dedicarse a resolver otro tipo de conflictos, éstos sí inevitables, consiguiéndose así una mayor y mejor satisfacción del interés general.

La Ley de 1975 ha venido rigiendo pacíficamente y hoy día se mantiene en vigor. Esto no significa, por supuesto, que el grado de cumplimiento de sus previsiones sea absoluto ni tan siquiera generalizado y consciente. Tampoco implica que exista un control exhaustivo sobre dicho cumplimiento o incumplimiento. Ahora bien, parece que nos encontramos ante una medida adecuada, sencilla y proporcionada para conseguir un objetivo justo.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el tejido empresarial español ha sufrido transformaciones importantes desde 1975. Esa gran evolución ha sido consecuencia de procesos internos y también de otros de carácter internacional. No cabe duda de que

nuestra incorporación o adhesión a la Comunidad (Unión) Europea y la consiguiente recepción del acervo comunitario marca un hito en nuestra historia reciente.

Es cierto también que hemos asistido y estamos asistiendo a un proceso desregulador y liberalizador, especialmente en los últimos años, que debe ser tenido en cuenta para comprender la realidad social española actual.

La desregulación es necesaria siempre que con ella se favorezca la situación de determinadas empresas, ya sean públicas o privadas, suprimiendo trámites innecesarios y simplificando en la medida de lo posible sus relaciones con las Administraciones Públicas o con quien ejerce potestades públicas por delegación o atribución legal.

Pero desregular no es dejar vacíos normativos, ausencia de ordenamiento jurídico, sino suprimir de éste aquellos mecanismos y requisitos que a luz de las continuas transformaciones y evolución han dejado de ser útiles. Tal vez en este sentido resultaría más correcto referirnos, como hacen los británicos, a la “*mejor regulación*” razonable y flexible.

Muy unido a este concepto se encuentra el conocido “*principio de subsidiariedad*”, utilizado en diversos ámbitos, sectores y tipos de relaciones. En lo que ahora interesa podría reconducirse a la afirmación de que las autoridades públicas deben completar, no sustituir, la acción de los individuos y de los grupos intermedios. Esto es, si los particulares y entidades privadas que operan en una determinada actividad pueden conseguir sus fines legítimos -y legales, en su caso- por sí mismos, el poder público debe abstenerse de intervenir. Solamente se legitima la intervención pública cuando los objetivos no pueden alcanzarse, esto es, con carácter subsidiario a la actuación de los privados.

Algunos podrán pensar que liberalizar también es suprimir la intervención preceptiva de los Letrados asesores en aquellas sociedades mercantiles cuya dimensión lo aconseja, según criterio del legislador. Podrán pensar que liberalizar es suprimir requisitos aunque sean aconsejables y positivos para todos: para la sociedad mercantil, sus socios, sus interlocutores, los Tribunales y la sociedad en general.

Es más, en el momento actual nos encontramos muy frecuentemente -también en parte como consecuencia del proceso privatizador- con numerosas sociedades mercantiles cuyo capital social se encuentra *atomizado*, es decir, distribuido en pequeñas cuotas entre numerosos socios. Ello conlleva que el órgano de administración se *apodera* de la sociedad, en tanto que la Junta general se convierte en un órgano con una capacidad real muy minada

o limitada para controlar al administrador que, además, suele ser depositario (por las razones que sea) de gran número de delegaciones o mandatos de pequeños socios.

En estos casos, el dueño de la sociedad no tiene la aptitud efectiva para ejercitar su derecho, situándose con una preeminencia absoluta el órgano administrador o de gestión. No parece difícil concluir sin más que dicho órgano debe disponer de un asesoramiento independiente efectuado por un abogado colegiado que, al menos, confronte claramente sus propuestas con la norma jurídica de aplicación y advierta de las posibles consecuencias. Ello redundará, por supuesto, en beneficio del asesorado, pero principalmente también a favor de la sociedad y de los socios.

No puede olvidarse que el abogado queda sometido, en su ejercicio profesional, a la normativa legal y estatutaria, así como al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional. Todo ello es o debe ser, si creemos en las instituciones, garantía suficiente para el correcto ejercicio de su función.

De esta forma se sigue justificando hoy día una regulación, sin duda restrictiva, pero acorde a los criterios del Derecho de la competencia,- salvo alguna previsión concreta a la que luego nos referiremos-, que respeta la reserva de ley contenida en el art. 36 de nuestra Constitución (a pesar, incluso, de tratarse de una Ley preconstitucional) y supone una atribución profesional con carácter exclusivo y excluyente para los abogados, buscando la satisfacción del interés general.

La Ley se encuentra vigente, pero necesita una lógica adaptación interpretativa a la realidad actual. Al igual que su reglamento, aprobado por Real Decreto 2288/1977, de 5 de agosto, por el que se reglamenta el asesoramiento de los Letrados a las sociedades mercantiles a que se refiere la Ley 39/1975, de 31 de octubre. Sin duda, la norma reglamentaria se encuentra necesitada de una reflexión que la actualice o que, simplemente, la suprima.

Junto a estas normas, existen en el momento actual una serie de Leyes autonómicas reguladoras de las sociedades cooperativas que contienen menciones específicas a la necesidad de contar con un Letrado asesor.

Segunda.- Funciones del Letrado asesor.

La función del Letrado asesor es precisamente la que se corresponde con su denominación, esto es, *“asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten*

por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional” (art. 1.3 de la Ley).

De esta forma se garantiza la correcta separación entre las funciones que corresponden, en el caso de órganos colegiados de administración, al Secretario y al Letrado asesor. Bien es cierto que la práctica demuestra en un número muy significativo de casos que ambas funciones son ejercidas por una misma persona, posibilidad que la Ley admite.

El breve Reglamento de la Ley pretende especificar los supuestos concretos de intervención de los Letrados. Y así se refiere a los acuerdos de convocatoria de las juntas generales y a los acuerdos que adopte el órgano de administración en ejecución de acuerdos de las Juntas generales.

Conviene recordar, no obstante, que la mención originalmente contenida en el art. 1.4 de la Ley, después recogida en el Reglamento, preveía que *“en la certificación de todo acuerdo inscribible se hará constar expresamente que ha tenido lugar la intervención del Letrado asesor que la Sociedad tenga designado o que la Compañía no está comprendida en ninguno de los supuestos que hacen obligatoria su designación”*. Sin embargo, esta previsión fue derogada por 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 en materia de Sociedades.

Los Letrados asesores se convierten así en un instrumento idóneo para garantizar la seguridad jurídica preventiva, la evitación de pleitos innecesarios y la regularidad en el tráfico jurídico-mercantil.

Tercera.- Requisitos para ser designado Letrado asesor.

A).- Colegiación de los Letrados asesores.

Prescribe la Ley en su art. 1.2 que *“el Letrado que se designe deberá pertenecer como ejerciente al Colegio de Abogados donde la Sociedad tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades, a elección de la Compañía que lo nombre”*.

Es obvio que el Letrado deberá estar colegiado como ejerciente, puesto que de otra manera no podría realizar los actos propios de la profesión de abogado. Sin embargo, el requisito de la incorporación a un Colegio determinado debe entenderse hoy día superado por la

regulación actual de la prestación de servicios profesionales, no sólo de ámbito nacional, sino también europeo.

El art. 3.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, tal y como ha quedado tras la profunda reforma operada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (Ley Ómnibus) prevé lo siguiente:

“3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se registrarán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.

Los Colegios no podrán exigir a los profesionales que ejerzan en un territorio diferente al de colegiación comunicación ni habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que exijan habitualmente a sus colegiados por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.

En los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, a los efectos de ejercer las competencias de ordenación y potestad disciplinaria que corresponden al Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional, en beneficio de los consumidores y usuarios, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y los sistemas de cooperación administrativa entre autoridades competentes previstos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las sanciones impuestas, en su caso, por el Colegio del territorio en el que se ejerza la actividad profesional surtirán efectos en todo el territorio español”.

El art. 17.1 del estatuto General de la Abogacía Española contiene una norma análoga, al disponer que:

“Todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá prestar sus servicios profesionales libremente en todo el territorio del Estado, en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea y en los demás países, con arreglo a la

normativa vigente al respecto. Los abogados de otros países podrán hacerlo en España conforme a la normativa vigente al efecto”.

El principio de colegiación única determina que la incorporación como ejerciente a cualquier Colegio de Abogados de España sea suficiente para ejercer válidamente la profesión y específicamente para poder ser designado Letrado asesor del órgano de administración de cualquier sociedad mercantil, con independencia de cuál sea el lugar en que ésta tenga su domicilio o donde desenvuelva sus actividades.

B).- Limitación del número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado.

El art. 2.1 de la Ley 39/1975 establece que el Letrado asesor no podrá desempeñar dicha función en más de cinco sociedades.

Se trata de una norma de difícil defensa en el momento actual. Si atendemos al año 1975 podía tener su justificación, habida cuenta los limitados medios tecnológicos con que contaban los profesionales y la consiguiente dificultad que suponía multiplicar la asistencia a un número significativo de sociedades mercantiles. Asimismo, la tradicional protección de los profesionales, buscando el acceso a un mercado limitado.

En el momento actual la limitación no tiene sentido si pretendiera justificarse en una imposibilidad física, ya que la atención al órgano de administración puede tener lugar por medios electrónicos o telemáticos en numerosas ocasiones. No obstante, esta falta de sentido no implicaría sin más la derogación de la norma.

Ahora bien, la existencia de una limitación de ese tipo afecta a las reglas más esenciales de la competencia entre profesionales, afectando a la correcta formación del mercado y, por consiguiente, la previsión legal puede entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

C).- Naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado.

La relación entre el abogado y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho. Y así, podrá ser de carácter laboral o de prestación de servicios. El propio art. 3 de la Ley así lo permite.

Es más, ni tan siquiera la Ley impone una contratación externa específica, que podría suponer un mayor coste económico para la empresa, sino que admite la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de Letrado o abogado en ejercicio.

El Reglamento de la Ley prevé la sustitución de Letrado en caso de enfermedad, ausencia o imposibilidad accidental.

D).- Llevanza por los Colegios de Abogados de un Registro especial.

La Ley 39/1975 impone en su disposición adicional la llevanza de un específico Registro de Letrados asesores a los Colegios de Abogados. En estos Registros deberán constar las circunstancias personales y fecha de nombramiento del Letrado, así como la denominación, domicilio y datos de la sociedad mercantil a que preste su asesoramiento.

Los Registros serán públicos para los abogados y para las sociedades mercantiles incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

Cuarta.- Consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Ley.

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la Ley o, por decirlo con más claridad, la omisión de la intervención de Letrado asesor cuando resulta preceptiva por la disposición legal, no afecta a la validez de los acuerdos.

De esta forma, el dinamismo y la seguridad del tráfico jurídico y económico protagonizado por las sociedades mercantiles incumplidoras no se ve afectado, lo que beneficia sin duda la posición de sus contrapartes en la contratación mercantil.

Tan sólo prevé la Ley que *“el incumplimiento de lo establecido en la presente Ley será objeto de expresa valoración en todo proceso sobre responsabilidad derivada de los acuerdos o decisiones del órgano administrador”* (art. 1.4, según redacción formulada por una Ley más reciente, la nº 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades).

Por tanto, se deja en manos del juzgador determinar la trascendencia del incumplimiento legal en los conflictos que se produzcan como consecuencia de los acuerdos o decisiones así adoptados. Esa exigencia legal de valoración es esencial por cuanto el desprecio consciente de la Ley -que se manifiesta claramente cuando el órgano administrador carece del mínimo interés por conocer y entender la norma aplicable, lo cual se da cada vez con más frecuencia entre quienes consideran incompatibles gestión y Derecho, primando a la primera en perjuicio del segundo- debe merecer un reproche adecuado, en especial cuando genera responsabilidad de cualquier tipo.

El hecho de tratarse de una Ley cuyo incumplimiento no genera una reacción directa e inmediata ha determinado una relajación en su aplicación.

Sin embargo, existe un elemento nuevo que ha de ser tomado en consideración. La obligación de velar por el cumplimiento de las Leyes en el seno de la persona jurídica no resulta en nuestro Derecho un fenómeno inédito y la reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 supone un salto cualitativo en la materia, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El legislador pretende con la reforma principalmente que las empresas colaboren activamente en la prevención y el descubrimiento de la delincuencia económica y, más específicamente, trata de evitar que la forma societaria sea utilizada para favorecer el delito, lo que tiene especial incidencia en el ámbito de la delincuencia organizada..

Dado que el nuevo art. 31 bis del Código Penal hace responder a la entidad por los hechos delictivos cometidos asimismo como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta aún más necesario un asesoramiento jurídico real y efectivo. Esta afirmación conecta muy directamente con el objeto del presente informe.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (modificadora del Código Penal) trata de prevenir que las personas jurídicas –en concreto, las empresas- opongan para lograr su exculpación el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno.

Entiende que existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituya un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la entidad. Añade que, sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la existencia de un *código de autorregulación, corporate defense, compliance*

guide, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la entidad a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica. Y particularmente, sus administradores –de hecho o de derecho- o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados.

Resulta pues indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia o no. El hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar no debe ni puede exonerar *per se* a la persona jurídica de su responsabilidad. Lo importante será acreditar –es una cuestión de prueba- si las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito atendiendo a las previsiones del art. 31 bis citado.

La Circular concluye que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un *código de autorregulación* de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará siempre de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas, con independencia de que las mismas obedezcan a una eventual autorregulación.

La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, es decir, qué han hecho los administradores o sus subordinados y si lo efectivamente realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso debe responder la persona jurídica y, conforme a la Ley 39/1975 a la que nos venimos refiriendo, parece obligado valorar la incidencia que ha tenido en la realización de las conductas una eventual ausencia de abogado que asesorara al órgano administración o, más aun, la realización de actos en contra de su consejo jurídico.

De lo expuesto se deduce aun con más intensidad la relevancia del asesoramiento jurídico por parte de los Letrados asesores del órgano de administración de sociedades mercantiles. La relevancia penal de las conductas que puedan cometer los miembros del órgano de administración y de sus decisiones, con efectos directos o indirectos para la persona jurídica, así lo exigen. Más aun, la elusión del asesoramiento jurídico real y efectivo directo y la mera sujeción a protocolos de actuación ya hemos visto que es insuficiente y no sirve como excusa exculpatoria, según la interpretación que mantiene la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011. Es pues preciso buscar el asesoramiento jurídico en cada caso concreto, para lo que la figura del Letrado asesor se revela idónea.

Quinta.- Posibilidad de designar Letrado asesor a personas jurídicas.

La redacción utilizada en la Ley 39/1975 hace referencia, no expresa pero sí tácita, a un Letrado asesor persona física. Así, exige que sea un colegiado ejerciente, lo que sólo puede predicarse –también ahora- de las personas físicas; permite que sus funciones sean asumidas por el Secretario o un miembro del órgano de dirección o de administración –aun cuando ciertamente pueden existir miembros representantes de personas jurídicas-; se prevé una limitación a cinco sociedades asesoradas –lo que resultaría absurdo en el caso de que se tratara de asesoramiento prestado por una persona jurídica-. La regulación de los supuestos de sustitución de Letrado asesor, recogida en el reglamento de la Ley, confirma esta tesis.

Sin embargo, la necesidad de interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas nos obliga a confrontar el texto legal con la realidad actual del ejercicio profesional de la abogacía en nuestro país, para concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Tradicionalmente, el ejercicio de la profesión de abogado ha sido individual, *intuitu personae*, basado en el prestigio, la confianza y otros valores esencialmente intangibles. Se trata del modelo más clásico asociado al concepto de profesión titulada. Esa forma de desenvolverse en el mercado permanece aún hoy día, si bien empieza a ser ya una excepción frente al denominado *ejercicio colectivo* que, a su vez, es desarrollado a través de muy diversas fórmulas.

La tendencia actual en el ejercicio de las profesiones liberales y en especial de la Abogacía es la de su ejercicio en grupo, para lo que la utilización del Derecho de sociedades ofrece las mejores posibilidades.

Sin embargo, hasta fechas recientes no habíamos contado con una normativa adecuada o específica, lo que exigía acudir a las instituciones jurídicas existentes, en especial a las societarias, así como utilizar con profusión la libertad de pactos admitida por el art. 1255 del Código Civil. Ahora contamos con la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (LSP).

En todo caso, el ejercicio colectivo puede llevar aparejada la constitución de una sociedad (es decir, la creación de una persona jurídica nueva) o no.

Según el tenor del art. 1.1 de la LSP, cuando se cree una sociedad que tenga por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional, ésta deberá constituirse precisamente como sociedad profesional.

No se trata en este momento de divagar en exceso acerca de la distinción entre las sociedades de (o entre) profesionales o sociedades de intermediación –que tienen por objeto proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual y en ocasiones la puesta en común de los resultados de esta actividad profesional individual, por lo que dudosamente suponen ejercicio colectivo al no prestar la sociedad servicios a terceros, sino a los propios profesionales, que mantienen un ejercicio individual- y las sociedades profesionales (o de ejercicio) –formadas por profesionales liberales para el ejercicio en común de la profesión-.

Lo cierto es que las sociedades profesionales sí implican un ejercicio colectivo directo de la abogacía. Más aun, el objeto social exclusivo de estas sociedades deberá ser la actividad profesional que desarrollen, admitiéndose las multidisciplinarias, es decir, las que desarrollan simultáneamente diversas actividades profesionales.

Es obvio, en todo caso, que deberán actuar a través de profesionales personas físicas, tal y como previene el art. 5 de la LSP, al disponer que:

“1. La sociedad profesional únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas.

2. Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley”.

Ahora bien, las sociedades profesionales se convierten en verdaderos centros de imputación de actos y consecuentemente de responsabilidades.

Las sociedades profesionales siguen un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, aun cuando nos encontremos ante sociedades civiles.

Por otra parte, y en esto sí se afecta de modo directo a los Colegios Profesionales, se instaura un original sistema de registro colegial. Y así, se exige la inscripción de las sociedades profesionales en los Colegios Profesionales, debiendo crear cada uno de ellos un Registro de Sociedades Profesionales (art. 8.4 LSP), con el fin de posibilitar el ejercicio de las facultades

que el ordenamiento jurídico confiere a los Colegios en relación con los profesionales colegiados. Y es que las sociedades profesionales tendrán a estos efectos una consideración análoga a la de profesionales colegiados.

Estos Registros permitirán a los Colegios tener constancia clara y cierta, habida cuenta el carácter obligatorio de la inscripción, de todas las sociedades profesionales que están ejerciendo la profesión y quiénes son los profesionales que se integran en ellas. Con estos medios los Colegios Profesionales podrán cumplir su responsabilidad pública de mantener el respeto de la deontología profesional también en el ejercicio societario de la profesión, lo que es especialmente importante en el ámbito de la abogacía. Y podrán, en cuanto a la concreta materia que estamos analizando, conocer quiénes son los abogados que, por encontrarse *dentro* de una sociedad profesional, pueden actuar la función de Letrado asesor de una sociedad mercantil para la que la sociedad profesional haya sido designada.

En consecuencia, cuando se designe Letrado asesor a una sociedad profesional, ésta deberá en todo caso actuar social a través de un abogado colegiado, tal y como exige el art. 5.1 de la LSP. Se cubren así los requisitos o condiciones recogidos en la Ley 39/1975. La designación de una sociedad profesional permite, a su vez y en la mayor parte de los casos, que la sociedad mercantil receptora de sus servicios pueda disponer de un asesoramiento más especializado en diversas ramas del derecho, puesto que el ejercicio colectivo de la profesión tiene precisamente por objeto aunar diversos especialistas para un asesoramiento jurídico integral o *superespecializado*.

De los diferentes requisitos antes vistos necesarios para que se proceda a la designación de Letrado asesor no plantea problemas el de la colegiación por cuanto acabamos de ver, tampoco el de la limitación del número de sociedades que pueden ser asesoradas, puesto que cabe dar por reproducidas las observaciones y precisiones antes formuladas. La llevanza del Registro colegial especial resulta inocua a estos efectos.

Por último, sólo resta referirse a la cuestión relativa a la naturaleza de la relación entre la sociedad y el Letrado, en este caso, la sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Es obvio que en este caso no cabe que la relación entre la sociedad profesional asesora y la sociedad mercantil asesorada sea cualquiera de las admitidas en Derecho. Y esto es así porque no cabrá la de carácter laboral. Deberá articularse pues siempre una relación de prestación (arrendamiento) de servicios.

Ahora bien, la posibilidad de que la función de asesoramiento legal o jurídico sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos sigue siendo teóricamente posible si ese Secretario o administrador resulta ser, a su vez, la misma sociedad profesional designada como Letrado asesor.

Lo indicado con respecto a las sociedades profesionales resulta igualmente válido también para otras personas jurídicas que se encuentren capacitadas de acuerdo con las disposiciones legales y sus propios estatutos para ejercer la actividad profesional directamente y no se configuren como simples intermediarias en la relación entre el cliente sociedad mercantil y el abogado persona física que actúe como Letrado asesor.

Sexta.- La formación de los Letrados asesores.

No es objeto de este informe hacer propuestas de mejora de la regulación, sino simplemente constatar la existencia de un texto legal cuya aplicación no resulta absoluta en España. Sin embargo, al hilo de la exposición parece preciso recordar que la norma legal no exige ningún tipo de especialización ni de formación específica a los Letrados asesores, ni tan siquiera en Derecho societario o Derecho mercantil.

Conviene recordar, en cualquier caso, que corresponde al Consejo General de la Abogacía Española ordenar el ejercicio profesional de los abogados, así como autorizar la creación de Escuelas de Práctica Jurídica. Y corresponde a los Colegios de Abogados la formación profesional permanente de los abogados, así como crear y mantener las citadas Escuelas de Práctica Jurídica y organizar cursos para la formación y el perfeccionamiento profesional.

En este ámbito corresponde también a la abogacía y a sus Corporaciones representativas adoptar iniciativas para asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles. Para ello nada mejor que avanzar también en la oferta formativa específica a los colegiados, así como en el análisis y diseño de mecanismos de acreditación de la especialización que el mercado deberá valorar.

No cabe duda de que la formación permanente del abogado es un reto también permanente para sus Colegios profesionales.

Con base en lo expuesto, cabe sentar las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas sociedades mercantiles, se encuentra vigente y establece la obligación de que cuenten con un Letrado asesor del órgano individual o colegiado de administración las sociedades mercantiles en que concurrieran las circunstancias que el propio texto legal determina.

Segunda.- La función del Letrado asesor es precisamente asesorar en Derecho sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano que ejerza la administración y, en su caso, de las deliberaciones a las que asista, debiendo quedar, en la documentación social, constancia de su intervención profesional. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas acrecienta la importancia del asesoramiento jurídico.

Tercera.- Sólo podrán ser designados Letrado asesor los abogados colegiados como ejercientes en cualquier Colegio de Abogados de España.

Cuarta.- Aun cuando la Ley limita el número de sociedades a las que puede atender un mismo Letrado a un máximo de cinco sociedades, tal previsión debe entenderse derogada tácitamente por la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia.

Quinta.-La relación entre el Letrado asesor y la sociedad mercantil puede ser cualquiera de las admitidas en Derecho, tanto de carácter laboral, como de prestación (arrendamiento) de servicios, admitiéndose incluso la posibilidad de que la función sea desarrollada por el Secretario del órgano colegiado de administración o por uno de sus administradores o directivos si en ellos concurre la condición de abogado en ejercicio.

Sexta.- Los Colegios de Abogados deben llevar un específico Registro de Letrados asesores.

Séptima.- La interpretación de la Ley con arreglo a la realidad social y normativa actual permite concluir que resulta posible designar como Letrado asesor a una persona jurídica, con especial relevancia de las que adoptan la forma de sociedad profesional.

Octava.- Las peculiaridades del Letrado asesor persona jurídica no son extraordinarias, debiendo actuar siempre a través de un abogado persona física colegiado como ejerciente; y se centran principalmente en la naturaleza de la relación que le liga con la sociedad mercantil, que será de arrendamiento de servicios.

Novena.- Corresponde a los Colegios de Abogados asegurar la competencia profesional y la especialización de los abogados que actúen como Letrados asesores de sociedades mercantiles.

Madrid, a 10 de junio de 2011.