

Régimen jurídico del representante persona física

En el presente trabajo se realizan algunas consideraciones sobre el denominado *estatuto jurídico del representante persona física* de la persona jurídica administradora. Es aconsejable analizar cuidadosamente la figura, sobre todo a la vista de las implicaciones tributarias de una adecuada calificación (*cfr.* Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sala Primera) de 24 de septiembre del 2024 (RG 1354/2023)).

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

La posibilidad de que una persona jurídica sea administradora de una sociedad de capital constituye una forma de organización de la administración, típica de grupos de sociedades, cuya utilidad práctica reside en que permite cambiar al representante persona física de la persona jurídica administradora sin necesidad de alterar el órgano de administración de la sociedad administrada. También se utiliza

en el marco de las actividades de prestación de servicios profesionales de dirección o gerencia de empresas, cada vez más especializados en el ámbito de la reestructuración.

Como la persona jurídica administradora no está reconocida en todos los ordenamientos, ha quedado excluida en el ámbito de las sociedades cotizadas (arts. 212, 212 *bis* y 529 *bis*.1 de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—).

Se trata de una figura que plantea todavía algunas dificultades de régimen jurídico.

En el ámbito tributario, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sala Primera) de 24 de septiembre del 2024 (RG 1354/2023) consideró que los servicios prestados por el representante persona física de una persona jurídica administradora que al tiempo es administrador de ésta no están incluidos en las funciones propias del cargo de administrador, por lo que, al concurrir un supuesto de vinculación fiscal, deben ser retribuidas a precio de mercado, al no resultar de aplicación la excepción del artículo 18.2 de la Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades. Todo ello sin perjuicio del resto de las implicaciones en la tributación de las empresas familiares y del propio representante persona física en su impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En el ámbito mercantil, los principales problemas se han planteado en torno a la aplicación de la regla que dispone la extensión al representante persona física de los deberes y la responsabilidad de la persona jurídica administradora (art. 236.4 LSC) a supuestos no expresamente previstos, como la responsabilidad por no promoción de la disolución (art. 367 LSC) o a la responsabilidad concursal (art. 455 TRLC), que han dado lugar a posiciones contradictorias, sobre todo en la jurisprudencia.

En las líneas que siguen analizaremos algunas cuestiones sobre lo que se podría denominar *estatuto jurídico del representante persona física*.

2. Relación entre el representante y la persona jurídica administrada

La Ley de Sociedades de Capital regula dos cuestiones sobre la relación entre el representante persona física y la persona jurídica administrada.

- La primera se refiere a los actos de designación y aceptación del representante.

La persona jurídica administradora debe designar *una única* persona física como su representante en la persona jurídica administrada, cargo que debe ser expresamente aceptado antes de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 212 *bis*.1 LSC y art. 143 del Reglamento del Registro Mercantil).

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2534) y de 3 de junio de 1999 (BOE de 6 de julio) explicaron que la exigencia legal de que la designación recaiga sobre *un único* representante permanente en la sociedad de capital encuentra su fundamento en necesidades «prácticas» y «operativas» relacionadas con la necesidad de dotar de «estabilidad» a la organización de la sociedad administrada. Es una exigencia lógica, sobre todo cuando consiste en ejercer funciones que llevan aparejada la gestión social con carácter continuado. No se trata sólo de una comparecencia ocasional, como ocurre con la representación en junta general (art. 183 LSC) o como la necesaria para ejercer derechos de

socio por una comunidad de bienes (art. 126 LSC).

La doctrina registral ha ido aclarando que la competencia para la designación corresponde al órgano de administración de la persona jurídica administradora y que puede recaer tanto en miembros de dicho órgano como en terceros, siempre que reúna los requisitos legales (o estatutarios) para ser administradora en la sociedad administrada (así lo exige el artículo 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital). En todo caso, la designación debe ser expresa y constar en escritura pública (*v. gr.*, no vale una «certificación» del autonombramiento realizada por un administrador único o por un consejero delegado de la persona jurídica administradora). Si la designación se realiza por acuerdo del pleno del consejo de administración, será suficiente la elevación a público de la certificación del nombramiento que contenga dicha atribución de funciones en un consejero determinado. Si la persona designada para el cargo de representante persona física no es un miembro del órgano de administración de la persona jurídica, sino que es un tercero, es preciso otorgar un apoderamiento (general o especial) formalizado en escritura pública (*cf.* resoluciones de 18 de mayo del 2016 y de 20 de septiembre del 2019).

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre del 2019 (BOE de 10 de marzo del 2020) declaró además que, con carácter previo a la

inscripción de la persona jurídica administradora, la persona física designada debía aceptar expresamente el cargo. Tal exigencia se deduce de la remisión que realiza el artículo 212.2 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital al 215 de la propia ley. Como afirma el centro directivo, el representante debe tomar conciencia de que estará sometido a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administradora (art. 236.5). La declaración de incompatibilidad a los efectos del artículo 213 de la ley mencionada, aunque se aplica también al representante persona física, la realiza la persona jurídica administradora al tiempo que acepta el cargo y designa a su representante.

- La segunda cuestión regulada por la Ley de Sociedades Capital consiste en la extensión al representante persona física de los requisitos legales para ser administrador, de los deberes y, lo que importa, de la responsabilidad solidaria con la persona jurídica administradora por los actos u omisiones que efectúe en el desempeño de sus funciones (art. 236.5 LSC).

El hecho de que el representante persona física fuera designado por la persona jurídica administradora para el desempeño de las funciones y competencias propias del cargo pudo llevar a considerar al representante como un delegado de la persona jurídica, de modo que, en caso de incumplimiento de los deberes que integran la relación de administración, debía responder sólo la persona jurídica que

fuera el administrador. Ésta es la razón que subyace a la sentencia de 1 de marzo del 2018, que exigió probar que el representante persona física hubiera sido calificado de administrador de hecho para hacerlo responsable como administrador, prueba imposible si se tiene en cuenta que en la mayor parte de los casos se trata de directivos de una sociedad matriz que asumen ese puesto en el marco de su relación laboral con el grupo.

Se trataba de una aproximación técnicamente incorrecta que obligó al legislador de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital del 2014 a promulgar una norma aclaratoria de un principio básico en materia de responsabilidad orgánica: quien ejerce el poder de decisión debe asumir la responsabilidad.

El fundamento de la responsabilidad del representante persona física no reside en una delegación de funciones por parte de la persona jurídica administradora. Si así fuera, habría que admitir que aquélla quedase exonerada si acredita el correcto cumplimiento de sus deberes de control del comportamiento del delegado. Es más correcto afirmar por ello que la responsabilidad del representante persona física es una «responsabilidad por asunción», esto es, que deriva del acceso a una relación material de dominio social en virtud de la competencia para el ejercicio de las funciones propias de administrador.

La persona jurídica administradora debe designar un representante al

tiempo que acepta el cargo porque la protección de la eficacia preventivo-punitiva de las normas sobre responsabilidad orgánica (frente a la sociedad, socios o terceros) requiere que exista una persona física responsable con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil) del correcto desempeño de las funciones y competencias propias del cargo. Por eso es indiferente que se trate de un supuesto de responsabilidad por daños o de responsabilidad por deudas o de responsabilidad concursal, porque, en todos los casos, hay que proteger las legítimas expectativas que el tráfico jurídico puede depositar en que quien asume la función cumplirá los deberes inherentes, como acertadamente han acabado por resolver los tribunales (*cfr.*, últimamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de diciembre del 2024, con interesante resumen de la jurisprudencia).

Se trata de una responsabilidad añadida (solidariamente) a la responsabilidad de la persona jurídica administradora a la que se imputan todos los actos (y las consecuencias de las omisiones) realizados por su representante *permanente* en el desempeño del cargo y no puede tratar de desligarse de su responsabilidad alegando que cumplió con sus deberes de correcta elección, vigilancia o intervención de la actividad de la persona designada porque no se puede considerar a aquél un delegado. Si además deben responder personalmente los administradores orgánicos de la persona jurídica administradora,

dependerá de si concurren o no los presupuestos de su responsabilidad en el caso concreto (*v. gr.*, responsabilidad del administrador único de la persona jurídica administradora que no destituye a un representante persona física que está incumpliendo sus deberes). La regla que dispone la extensión al representante persona física de las personas vinculadas propias de los administradores persona física (art. 231.2d LSC) lo establece claramente: el administrador es la persona jurídica y el representante es el responsable por asunción (designación - aceptación) del correcto desempeño de las funciones y competencias del cargo.

3. Relación entre el representante y la persona jurídica administradora

La caracterización de la relación jurídica entre el representante persona natural y la persona jurídica administradora dependerá de cada caso.

Si el representante persona física es, al mismo tiempo, administrador de la persona jurídica con funciones ejecutivas, es imposible distinguir unas funciones de otras. La aceptación del cargo de administrador en otra sociedad es un acto neutro desde el punto de vista del objeto social cuya ejecución en el tráfico es competencia exclusiva de los administradores. El administrador único o el solidario se auto-designará representante persona física y, en otros casos, concurrirá un acto de atribución de esta función ejecutiva conforme a las reglas que sean aplicables (autorización del mancomunado o atribución de funciones en un consejero ejecutivo), pero

en todos los casos actúa en el desempeño de las funciones propias de su cargo y, por tanto, en el marco de la relación orgánica de administración. La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que establece un «cortafuegos» entre las funciones desempeñadas como administrador de la persona jurídica administradora y el desempeño de las funciones como representante de ésta en la sociedad administrada resulta muy forzada.

Si el representante persona natural no es administrador de la persona jurídica, su relación, formalizada mediante un poder expreso de representación en escritura pública, podrá ser laboral o tener la naturaleza de un arrendamiento de servicios, ya que la actividad de gestión social con carácter permanente que debe realizar en la persona jurídica administrada excede el ámbito jurídico-negocial propio del mandato o de la comisión mercantil.

Lo cierto es que, con independencia de que el representante sea administrador de la persona jurídica administradora o lo sea un tercero, es necesario aclarar los términos de la intervención de unos y otros en la gestión de la sociedad administrada porque plantea problemas de gran interés y enorme relevancia práctica.

La doctrina más reciente razona en torno a la aplicación —de origen legal— de una figura equivalente a la de la «sustitución» del mandatario o comisionista (arts. 1721 CC y 261 CCom). De este modo, la sociedad administrada tendría dos administradores de derecho a los que conjuntamente se atribuiría la función de administrar: la persona jurídica y el representante persona física, que sería el «sustituto» de la prime-

ra. De ahí se extraen conclusiones de enorme relevancia práctica: por un lado, si el cargo en la sociedad administrada es retribuido, se pagará al representante persona natural con el que habrá que firmar el contrato de administración si es consejero ejecutivo (art. 249 LSC); por otro lado, como la persona jurídica es también administradora y los dos sujetos están sometidos a los mismos deberes, en caso de discrepancia entre el representante y el órgano de administración de la persona jurídica administradora, el representante persona física debe acatar las instrucciones que le impartan y, si fuera condenado a indemnizar, la persona jurídica administradora deberá dejarlo indemne.

En nuestra opinión, parece claro que, desde la perspectiva de la organización corporativa, la persona jurídica es el administrador, pero la extensión al representante de los deberes y la responsabilidad propia de un administrador convierte a éste en una suerte de *gatekeeper* en protección de la sociedad administrada. El representante asume la relación de dominio social sobre la función de administración (con la responsabilidad consiguiente) en el marco de la relación que lo vincula con la persona jurídica administradora, lo que lo obliga a comportarse de modo conforme al rol de administrador, bajo sanción de responsabilidad. Si el cargo de administrador en la sociedad administrada es retribuido, se debe abonar la retribución a la persona jurídica y no al representante, incluso en el caso de los consejeros ejecutivos. El representante cobrará según la relación que

lo vincule con la persona jurídica administradora (v. gr., su nómina como trabajador o su retribución como administrador de la persona jurídica administradora).

En lo que se refiere a las instrucciones, el representante no podrá imponer su propio criterio empresarial al criterio del órgano de administración de la persona jurídica administradora y deberá cumplir las instrucciones que le imparta, pero siempre que no sean manifiestamente lesivas para el patrimonio social o el de un tercero (dolo) y siempre que se hayan adoptado con arreglo al procedimiento de decisión adecuado exigible en el ámbito de la adopción de decisiones diligentes de carácter empresarial (art. 226.1 LSC).

En todo caso, responderá personalmente frente a la sociedad y frente a los socios o terceros en los mismos términos que cualquier administrador. Si tiene derecho a ser indemnizado (o no) por la persona jurídica administradora en el caso de que sea condenado a indemnizar a la sociedad o a un socio o tercero por actos realizados en su condición de representante es una cuestión que se ha de resolver en función de la relación (laboral, civil, orgánica) que lo vincule con ésta. En principio, cualquiera que actúe por cuenta y en interés de otro tiene derecho a ser indemnizado si resulta condenado a indemnizar a un tercero, salvo que haya infringido normas legales o haya actuado dolosamente, pero no es lo mismo un trabajador que un consejero ejecutivo que reciba instrucciones del consejo en pleno.