EL APODERADO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Fernando Cerdá Albero. Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado. Socio de Cuatrecasas

SUMARIO

1. Administradores y apoderados de las sociedades de capital: representación orgánica y representación voluntaria
2. El apoderado general
   a) Apoderado general («factor») y apoderado singular
   b) Características del apoderado general (o «factor»)
   c) Ámbito del poder de representación: apoderamiento general inscrito y no inscrito (factor notorio)
   d) Responsabilidad del apoderado

Así como los administradores son un órgano necesario en las sociedades de capital (órgano de administración: arts. 209-252 LSC[1]), la sociedad puede también designar apoderados (art. 249.1 LSC, arts. 284, 292.I CCom[2]), y este nombramiento corresponde precisamente al órgano de administración. Las diferencias entre administradores y apoderados son evidentes, pues a los administradores corresponde la representación orgánica de la sociedad, mientras que los apoderados ostentan una representación voluntaria. Esta diferencia conceptual se recoge en la jurisprudencia[3] y se ilustra también en la doctrina registral[4].

---

1 LSC: Ley de Sociedades de Capital. Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010; corrección de errores: BOE núm. 210, de 30 de agosto de 2010).

2 CCom: Código de Comercio, publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (Gaceta núms. 298-328, de 16 de octubre a 24 de noviembre de 1885).

3 Por citar algunas: sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) (1ª) núm. 219/2002, de 14 de marzo de 2002, núm. 714/2013, de 12 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5638).

4 Así ya en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 30 de diciembre de 1996 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 1997) se indica: «*La representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación "alieno nomine", sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través de sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de voluntad social. A diferencia de ella, la* **representación voluntaria** *se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para este último (heteroeficacia), por lo que queda*

ADMINISTRADORES Y APODERADOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

El ámbito de competencias de administradores y apoderados es, por ello, muy diferente. **Es competencia de los administradores el gobierno o iniciativa institucional** (cumplimiento de normas legales y estatutarias, y el impulso necesario a la actuación orgánica de la sociedad), **la gestión y la representación de la sociedad** (art. 209 LSC)[5]. Por el contrario, **el ámbito de representación de los apoderados se ciñe al giro y tráfico comercial de la sociedad, a la administración, dirección, contratación y negociación sobre las actividades de la empresa** (arts. 281, 283-289, 292-297 CCom).

En el caso especial de que la sociedad esté declarada en concurso de acreedores, los apoderamientos que pudieran existir quedan afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales (art. 48.3.II LC[6]).

LEGISLACIÓN

www.casosreales.es

- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (Marginal: 109184). Arts.171,209, 236-241, 249, 249.2.3.4,367
- Código de Comercio. (Marginal: 69726884) arts.; 22.2, 281, 282, 283-289, 290, 291, 292-297, 298
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Marginal: 69726897). Arts.; 48, 48.3.II, 172.2.1º, 172 bis.1
- Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. (Marginal: 130559)
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. (Marginal: 6924058)
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. (Marginal: 69726878)

“La relación interna entre el apoderado y la sociedad es una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección”

queda sometido a principios de actuación diferentes de los de la primera: su utilización de carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto… La diferencia funcional entre ambas figuras y su diferente ámbito operativo pueden originar que en su desenvolvimiento surjan algunas dificultades de armonización que deben ser analizadas, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto fáctico (por ejemplo, en cuanto a las posibilidades de revocación o modificación del poder conferido, la exigencia de responsabilidad al apoderado o la subsistencia del poder en tanto no haya sido revocado, incluso más allá de la propia duración del cargo de administrador); la solución de tales dificultades es la pauta que permitirá decidir, sólo a la vista de cada supuesto de hecho, acerca de la posibilidad de concurrencia de ambas figuras».

5 Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. I, 23ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 740-746.

6 LC: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003). La vigente redacción del art. 48 LC procede de la Ley 38/2011, de 10 de octubre (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

"Para poder aplicar al apoderado la responsabilidad prevista en la normativa societaria para los administradores, es necesario que concurran pruebas suficientes (directas o indiciarias), decididas y convincentes de que el apoderado actuase como administrador de hecho"

JURISPRUDENCIA

www.casosreales.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 2013, núm. 714/2013, Nº Rec. 1883/2011, ECLI:ES:TS:2013:5638 (Marginal: 2443926)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2012, núm. 721/2012, Nº Rec. 1139/2010, ECLI:ES:TS:2012:9191 (Marginal: 2422455)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 2009, núm. 240/2009, Nº Rec. 1504/2004, (Marginal: 390260)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2008, núm. 55/2008, Nº Rec. 5168/2000, ECLI:ES:TS:2008:1709, (Marginal: 198734)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2007, núm. 261/2007, Nº Rec. 262/2000, ECLI:ES:TS:2007:2013 (Marginal: 125651)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de marzo de 2004, núm. 222/2004, Nº Rec. 1556/1998, (Marginal: 158060)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2002, núm. 760/2002, Nº Rec. 304/1997, (Marginal: 70424747)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2002, núm. 219/2002, Nº Rec. 3027/1996, (Marginal: 70427226)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de julio de 2001, núm. 803/2001, Nº Rec. 1958/1996, (Marginal: 70424748)

EL APODERADO GENERAL

Apoderado general («factor») y apoderado singular

El régimen de la representación voluntaria mercantil se contiene fundamentalmente en los arts. 281-298 CCom, donde se distingue (art. 281 CCom) entre apoderados generales (o «factor o gerente» o director general: arts. 281-291, 296, 297 CCom) y apoderados singulares (o «dependientes y mancebos»: arts. 292-298 CCom). La diferencia estriba, claro está, en la extensión del apoderamiento. **En el caso del factor, el poder es general** (art. 283 CCom). **Mientras que el poder es singular en el caso de los «dependientes»** [cuya eficacia representativa se ciñe a «alguna o algunas gestiones propias del tráfico» de la empresa (art. 292.I CCom), lo que incluye a directores financieros, directores comerciales, jefes de compra, jefes de sección y similares] y de los «mancebos» («una operación mercantil o alguna parte del giro y tráfico» (art. 293 CCom), y para ellos la eficacia representativa se funda en el principio de protección de la apariencia jurídica (art. 292.I al que remite el art. 293 CCom)[7].

Características del apoderado general (o «factor»)

El factor debe tener la capacidad necesaria para obligarse y poder de la sociedad representada (art. 282 CCom). En todos los documentos que suscriba como factor ha de expresar que actúa por poder o en nombre de la sociedad que representa (art. 284 CCom).

La relación interna entre el apoderado y la sociedad es una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto de 1985[8]).

7 Al respecto, José Mª DE EIZAGUIRRE, *Derecho Mercantil,* 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 314-316; Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil,* vol. I, *op. cit*., p. 203.

8 BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985.

Ahora bien, el orden jurisdiccional social es competente para conocer de los conflictos entre el personal de alta dirección y la empresa por aplicación de este Real Decreto (esto es, por incumplimiento de dicha relación laboral). En cambio, si se ejercita una **acción de resarcimiento de daños**, por irregularidades cometidas por el apoderado en el ejercicio de las facultades inherentes al apoderamiento (art. 249.1 LSC, arts. 284, 292.I, 297 CCom) y, por tanto, distintas al contenido de la relación laboral, la competencia corresponde al orden jurisdiccional civil[9]. Ello es especialmente relevante cuando dicha acción se acumula a acciones de responsabilidad contra administradores, en aplicación del principio de la ***vis attractiva* de la jurisdicción civil** (art. 9.2.I LOPJ), y cuyo conocimiento corresponde a los juzgados de lo mercantil.

En cuanto a la retribución del apoderado con funciones ejecutivas, ha de tenerse en cuenta, además, que, si a algún miembro del consejo de administración se le atribuyen funciones ejecutivas en virtud de un apoderamiento, es necesario que se celebre un contrato con la sociedad. **Dicho contrato debe ser aprobado previamente por el consejo de administración, con el voto favorable de los 2/3 de sus miembros** (el consejero afectado tiene prohibido asistir a la deliberación y votar), y ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. En dicho contrato se han de detallar todos los conceptos por los que el consejero con funciones ejecutivas pueda obtener una retribución por el desempeño de tales funciones, sin poder percibir retribución alguna cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en este contrato (art. 249.2.3.4 LSC[10]).

El apoderado no puede delegar en otros los encargos recibidos sin el consentimiento expreso de la sociedad representada (art. 296 CCom). Por tanto, el factor sustituyente ha de ostentar expresamente (según la escritura de poder inscrita) la facultad de sustituir o subapoderar en favor de terceros las facultades que se indiquen en el propio poder[11].

La extinción del poder se extingue por revocación expresa (art. 290 CCom), **por la enajenación del establecimiento** (art. 291 CCom)**, o por renuncia del apoderado (si bien ha de acreditar que fue notificada a la sociedad poderdante[12]).**

Ámbito del poder de representación: apoderamiento general inscrito y no inscrito (factor notorio)

La representación voluntaria se fundamenta en un negocio jurídico de apoderamiento celebrado entre el órgano de administración social y el apoderado. Como ya se ha indicado el ámbito del poder de representación se refiere a administrar, dirigir y contratar sobre las cosas concernientes a la empresa o establecimiento fabril o comercial (art. 283 CCom). Por ello **en los apoderamientos no se pueden incluir las facultades indelegables** (art. 249 bis LSC)[13], ni los apoderados pueden intervenir en el funcionamiento orgánico de la sociedad (v.gr. no se les incluye siquiera

9 SSTS (1ª) núm. 1395/2008, de 15 de enero de 2008, núm. 513/2008, de 4 de junio de 2008, núm. 1217/2008, de 15 de diciembre de 2008.
10 Redactado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2013).
11 RDGRN de 21 de marzo de 2017 (BOE núm. 82, de 6 de abril de 2017), con cita de las resoluciones de 23 de enero de 2001, 11 de junio de 2004 y 7 de mayo de 2008.
12 RDGRN de 21 de mayo de 2001 (BOE núm. 154, de 28 de junio de 2001).
13 RDGRN de 20 de diciembre de 1990 (BOE de 2 de febrero de 1991). El art. 249 bis LSC procede de la Ley 31/2014.

entre los sujetos que pueden solicitar o convocar la junta general en los casos especiales del art. 171 LSC).

En nuestro Derecho privado la representación voluntaria se rige por el principio de poderes expresos. Por tanto, **el poderdante puede limitar, según tenga por conveniente, las facultades que confiere al factor** (art. 283 CCom). Además, **los poderes generales (y sólo éstos) son inscribibles en el Registro Mercantil** (art. 22.2 CCom, art. 94.1.5º RRM[14]), si bien la eficacia de dicha inscripción es meramente declarativa.

En el caso del factor notorio (que incluye los supuestos de falta de otorgamiento del poder, de revocación del poder no inscrita, o de poder expreso, pero no inscrito), el art. 286 CCom **contiene una regla de protección de la confianza en la apariencia**. Su aplicación requiere también que el tercero haya actuado de buena fe; por tanto, dicha protección desaparece si el tercero sabía, debía saber o no podía ignorar, con la diligencia que le era exigible, la realidad de la situación de apariencia. Si concurren tales presupuestos, los contratos que, recayendo sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, hayan sido celebrados por el factor notorio se entienden hechos por cuenta del principal, a pesar de que el factor no lo hubiera expresado al celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los objetos del contrato[15].

Responsabilidad del apoderado

El apoderado responde frente a la sociedad representada de cualquier perjuicio que cause a sus intereses, *«por haber procedido en el desempeño de sus funciones con malicia, negligencia o infracción de las órdenes o instrucciones que hubiere recibido»* (art. 297 CCom).

La jurisprudencia es constante al señalar que el simple apoderado no es órgano social, por lo que al apoderado no se le aplica el régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la normativa societaria (arts. 236-241 bis LSC[16], art. 367 LSC)[17]**, sino que la responsabilidad del apoderado es exigible**

BIBLIOGRAFÍA

www.casosreales.es

BIBLIOTECA

- MALLÉN, MERCEDES. *Sabelotodo contratación civil y mercantil. 2ª Edición Actualizada a 2014.* Madrid. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L. 2014
- AMAT, ORIOL. MARTÍNEZ-PINA, ANA MARÍA. MÍNGUEZ, SANTIAGO. SANZ, JUAN IGNACIO. GINÉS CASTELLET, NÚRIA. *Reforma de la legislación mercantil y las normas internacionales de contabilidad.* Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2014
- LLEBARÍA, SAMPER. *Derecho de sociedades. Tomo 1.* Barcelona. Ed. JM Bosch Editor. 2008

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- APARICIO RAMOS, IGNACIO. *Límites y poderes que se pueden conferir al apoderado.* Economist&Jurist Nº 184. Octubre 2014. (www.economistjurist.es)
- MARCH, CARMEN. *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital: las nuevas competencias de la Junta General y el fomento de la participación social.* Economist&Jurist Nº 190. Mayo 2015. (www.economistjurist.es)
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, ÁNGEL. *Los blindajes en las sociedades cotizadas.* Economist&Jurist Nº 154. Octubre 2011. (www.economistjurist.es)

14 RRM: Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996).
15 *Vide* también José Mª DE EIZAGUIRRE, *Derecho Mercantil,* 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 308-314; Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, *op. cit.*, pp. 204-207.
16 La vigente redacción de los arts. 236, 239, 241 bis LSC procede de la Ley 31/2014.
17 Y, desde otra perspectiva, el administrador no queda exonerado de responsabilidad por la concesión de apoderamientos: SSTS (1ª) de 7 de junio de 1999, de 26 de octubre de 2001, de 13 de junio de 2012.

en atención al apoderamiento (art. 249.1 LSC, art. 297 CCom)[18].

Sin embargo, a la persona que (cualquiera que sea su denominación) tenga atribuidas «*facultades de más alta dirección de la sociedad*» (y no existiendo delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delgados) sí se le aplica el régimen de responsabilidad de los administradores (art. 236.4 LSC).

Y en esta materia de la responsabilidad, **la cuestión clave es diferenciar entre el apoderado y el «*administrador de hecho*»** (que el art. 236.3 LSC define como «*la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, y la persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad*»). La jurisprudencia señala, de manera reiterada y constante, que «*no cabe equiparar al apoderado o factor mercantil con el administrador de hecho*. ***Los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho*».** Por tanto, **para poder aplicar al apoderado la responsabilidad prevista en la normativa societaria para los administradores, es necesario que concurran pruebas suficientes (directas o indiciarias), decididas y convincentes de que el apoderado actuase como administrador de hecho[19].**

> **"La extinción del poder se extingue por revocación expresa, por la enajenación del establecimiento o por renuncia del apoderado"**

Un planteamiento diverso se sigue en el **ámbito concursal,** en el que **los apoderados generales se equiparan a los administradores en determinadas materias, entre las que destaca, por cuanto aquí interesa, su consideración como personas afectadas por la calificación culpable del concurso** (art. 172.2.1º.I LC) y, a partir de ahí, como sujetos responsables al pago total o parcial del déficit concursal (art. 172 bis.1 LC[20]). ■

CONCLUSIONES

- La sociedad (en concreto, su órgano de administración) puede designar apoderados (generales o particulares), pero, así como a los administradores corresponde la representación orgánica de la sociedad, los apoderados ostentan una representación voluntaria, que se fundamenta en un negocio jurídico de apoderamiento celebrado entre el órgano de administración social y el apoderado. Por ello, el ámbito del poder de representación del apoderado se refiere sólo a la gestión o gerencia empresarial. Puesto que el simple apoderado no es órgano social, al apoderado no se le aplica el régimen de responsabilidad de los administradores previsto en la normativa societaria, excepto en los casos de atribución de *«facultades de más alta dirección de la sociedad»* (art. 236.4 LSC), o que concurran pruebas suficientes (directas o indiciarias), decididas y convincentes de que el apoderado actuase como administrador de hecho; antes bien, la responsabilidad del apoderado es exigible en atención al apoderamiento. Por otra parte, si la sociedad es declarada en concurso, los apoderados generales se equiparan a los administradores, a los efectos de su consideración como personas afectadas por la calificación culpable del concurso

18 SSSTS (1ª) núm. 803/2001, de 30 de julio de 2001, núm. 760/2002, de 16 de julio de 2002, núm. 222/2004, de 22 de marzo de 2004, núm. 261/2007, de 14 de marzo de 2007, núm. 714/2013, de 12 de noviembre de 2013.

19 SSTS (1ª) núm. 222/2004, de 22 de marzo de 2004, núm. 261/2007, de 14 de marzo de 2007, núm. 55/2008, de 8 de febrero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1709; en ella se entiende que sí concurre prueba suficiente que permite equiparar a los apoderados como administradores de hecho), núm. 240/2009, de 14 de abril de 2009, núm. 721/2012, de 4 de diciembre de 2012.

20 La vigente redacción del art. 172.2.1º.I LC procede de la Ley 9/2015, de 25 de mayo (BOE núm. 125, de 26 de mayo de 2015); y la del art. 172 bis.1 LC; de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2014). Al respecto, Fernando CERDÁ ALBERO, «La responsabilidad de los administradores sociales por el déficit concursal», en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, (dir. V. Cuñat/J. Massaguer/F.J. Alonso/E. Gallego), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1563-1611.