**TEMA 4 LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL: REPRESENTACIÓN LEGAL, VOLUNTARIA Y ORGÁNICA. SUBSISTENCIA Y SUSTITUCIÓN DE LOS PODERES MERCANTILES. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: LOS AUXILIARES DEL EMPRESARIO. EL APODERADO GENERAL O FACTOR. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. LA COMPETENCIA DESLEAL**

**LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL:**

Consiste en la realización por una persona (representante) de un acto jurídico cuyos efectos se producen en la esfera jurídica de otro (representado).

Especialidades de la representación mercantil:

· **Tipicidad** Su contenido viene en muchos casos determinado por Ley. ¿Puede modificarse voluntariamente con efectos para terceros? Hay dos posturas.

- Sobre la base del *Prokurist* alemán, GARRIGUES estima que las limitaciones no afectan a tercero, aunque tengan publicidad (art. **234** LSC)

La **RDGRN 26 de junio de 2015 aplica este artículo** 234 LSC“por analogía” **al supuesto del art. 160.f LSC**.

- URÍA y MENENDEZ, inspirándose en el *institor* italiano, admiten las limitaciones siempre que estén dotadas de publicidad (en su caso registral). Se sigue para el factor (salvo el caso del factor notorio).

**· Mayor amplitud respecto a la representación civil** El mandato en términos generales sólo comprende los actos de administración (art. 1713 CC); la representación mercantil se extiende a todo lo comprendido en el giro o tráfico de la empresa. En todo caso su interpretación no habrá de ser ni extensiva ni restrictiva, sino estricta (RDGRN 7 de mayo de 2008).

· **Libertad de forma** Se admite tanto la forma solemne (EP), como la escrita y hasta la verbal (dependientes y mancebos). También el apoderamiento electrónico, suscrito con la firma electrónica del poderdante (art. 41 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

Pero su inscripción requiere titulación pública.

· **Publicidad** Es necesario distinguir:

. Comerciantes individual: si están inscritos, se inscribirán sus poderes generales (su modificación, revocación y sustitución). **No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos** (arts. 22.1 CCo y 87 RRM).

. Sociedades: Aparte de los apoderamientos se inscribirá la delegación de facultades (y su modificación, revocación y sustitución) (arts. 22.2 CCo y 94 RRM).

La inscripción de los poderes grales y administradores es requisito de oponibilidad:

No de validez (no es constitutiva)

Es obligatoria. Lo que no implica ni significa que dicha inscripción en el RM deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el RP de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación (si bien habrá entonces que acreditar la existencia y validez de la representación alegada). **A salvo**:

+ Caso especial del artículo **383 RH** (la falta de publicidad de la sociedad adquirente en el RM sí es obstáculo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adquisición realizada a su favor)

+ Artículo **249**.2 **LSC** (no es inscribible en el RP lo actuado por un consejero delegado no inscrito, habida cuenta del carácter constitutivo de la inscripción de dicho cargo; y ello sin perjuicio de que *“inscrita la delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraerán al momento de su celebración”*, art. 152 RRM).

Cosa distinta es la aparente contradicción arts.

149.3 RRM (“El ámbito del poder de representación de los órganos delegados será siempre el que determina el artículo hoy 234 LSC) y

249.1 LSC (… el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, **estableciendo el contenido, los límites** y las modalidades de delegación).

· **Carácter personalísimo.** Se prohíbe la sustitución (261 –comisión- y 296 –factor-), a diferencia del mandato.

· **Subsistencia del poder** aún después de muerto el poderdante (280 –comisión- y 290 –factor-), también a diferencia del mandato.

**REPRESENTACIÓN LEGAL, VOLUNTARIA Y ORGÁNICA**

El Derecho Mercantil parte del concepto, la naturaleza y las distintas clases de representación conocidas en la legislación civil, REMISION:

. Legal (ej. art 5 Cco, hijos menores titulares de empresas).

. Voluntaria. La representación se deriva de una relación jurídica negocial: un contrato de trabajo (factores, dependientes y mancebos) o un contrato mercantil (comisión o agencia).

Es posible que el apoderado actúe sobre la base de dos escrituras: una primera donde se enumeran las facultades de los distintos cargos y una segunda donde se identifican los apoderados.

En el caso de entidades financieras, es además frecuente que la escritura de poder se complemente con un documento privado (vg una certificación expedida por el órgano rector con firma legitimada notarialmente). Dicho documento privado sólo puede tener relevancia en la esfera interna.

. Orgánica: La mal llamada representación orgánica alude a la emisión de la declaración de voluntad de las personas jurídicas mediante sus órganos.

La RDGRN 11 de febrero de 2014, conforme a doctrina reiterada, distingue entre la representación por apoderado y la representación por el órgano de gestión (REMISIÓN).

**SUBSISTENCIA Y SUSTITUCIÓN DE LOS PODERES MERCANTILES.**

SUBSISTENCIA

La seguridad del tráfico, así como los principios de conservación y continuidad de la empresa, la exigen. Manifestaciones:

+ La exigencia de EP e inscripción en el RM para que la revocación de poderes generales afecte a terceros.

+ La existencia de poderes irrevocables. Art. 132 Ccom: “facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la compañía” concedida al socio administrador en el contrato social (sociedad colectiva)

+ La subsistencia de los poderes otorgados al comisionista o factor, a pesar de la muerte o inhabilitación del principal, mientras no sean revocados expresamente por sus sucesores o representantes (arts. 280 y 290 Cco).

SUSTITUCIÓN

Las necesidades del tráfico mercantil la imponen. Esta regla, ya reconocida con carácter general en el Cc, tiene algunas manifestaciones específicas en el Cco en sede de comisión y auxiliares. En realidad, podemos distinguir tres figuras:

- Sustitución propia (transferencia): el nuevo representante ocupa la posición jurídica del anterior, siendo el único responsable frente al principal. Requiere que el comisionista transfiera sus facultades con consentimiento del comitente.

- Sustitución impropia (delegación): el primitivo y el nuevo representante comparten responsabilidad frente al principal. Se da en los casos de delegación sin consentimiento.

- Mero auxilio en el desempeño material del encargo, respondiendo el principal responde de la actuación de sus dependientes.

**LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: LOS AUXILIARES DEL EMPRESARIO**

Nace de una relación jurídica negocial.

Auxiliares del comerciante sonlas personas físicas o jurídicas que llevan a cabo operaciones mercantiles en nombre y por cuenta del empresario en virtud de una relación civil (un poder), mercantil (agencia), o laboral (contrato de trabajo). Podemos distinguir dos tipos de auxiliares:

\* Independientes. Empresarios individuales/sociales que estipulan negocios por cuenta de otros empresarios. La doctrina incluye a los agentes, comisionistas y a los mediadores o corredores (REMISION).

\* Dependientes. Sometidos al empresario por una relación de dependencia y subordinación. Nos referimos al factor, dependiente y mancebo, regulados en el Ccom en sede de comisión. Según el Art. 281 CCo

**El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios, generales o singulares, para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta, en todo o en parte o para que le auxilien en él.**

A pesar del tenor literal de este artículo, no son mandatarios sino que están ligados con el empresario por una relación laboral de carácter especial, como resulta del ET (remisión a distinción poder-mandato).

**FACTORES**. Apoderado **general** (luego estudiado)

**DEPENDIENTES**. Dotados de **representación limitada** a ciertas gestiones

Art 292 Los comerciantes podrán encomendar a otras personas, además de los factores, el **desempeño constante**, en su nombre y por su cuenta, **de alguna o algunas gestiones propias del tráfico a que se dediquen**, en virtud de pacto escrito o verbal; consignándolo en sus reglamentos las compañías y comunicándolo los particulares por avisos públicos o por medio de circulares a sus corresponsales.

Los actos de estos dependientes o mandatarios singulares **no obligarán a su principal sino en las operaciones propias del ramo** que determinadamente les estuviere encomendado.

**MANCEBOS.** Tienen un poder de representación **especialísimo**, inferior al de los otros dos (limitado a una operación mercantil o actos concretos del giro y tráfico de su principal).

Su función más típica es vender en tiendas o almacenes (art. 294; la expresión del CCom sólo se conserva en el tráfico para los auxiliares de farmacia). Pueden estar autorizados para recibir mercancías (art. 295).

OTROS. Aludir a la figura del “**VIAJANTE**” (representante de comercio), cuya característica es colaborar con el comerciante fuera de la sede, domicilio o círculo de la empresa.

Sujetos a una relación laboral especial. Pueden tener o no poder del empresario (por regla general su función es sólo de promover la celebración de contratos, pero no actuar en nombre del empresario).

Distinta es la figura del “agente comercial” (empresario independiente).

**EL APODERADO GENERAL O FACTOR**

Verdadero “alter ego” del empresario. Debe tener capacidad para ejercer el comercio y poder general para actuar en el giro o tráfico del empresario (**282 Ccom)**

ÁMBITO DEL PODER

- Si el factor actúa **en nombre y por cuenta del empresario en los límites del poder**, las obligaciones que contrajere recaerán sobre éste, salvo confusión de patrimonios (285 CCo).

- Si el factor actúa **en nombre y por cuenta del principal excediéndose de los límites del poder,** ¿puede el principal oponer dichas limitaciones a los terceros de buena fe? Según el art. 286 CCo los contratos celebrados por el factor que **notoriamente** pertenezca a una empresa o sociedad conocida (FACTOR NOTORIO) se entenderán hechos por cuenta del propietario, aun cuando el factor no lo haya expresado, se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos del contrato, siempre que:

. Estén comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento.

. O, aun siendo de otra naturaleza, el factor obre por orden del principal.

. O este apruebe su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

Por lo tanto, en este ámbito, los límites serán inoponibles.

RESPONSABLIDAD Cuando **el factor contrate en nombre propio**, el art. 287 distingue:

- Si lo hace **por su cuenta**: queda personalmente obligado.

- Si lo hace **por cuenta del principal**: el tercero puede dirigirse contra cualquiera de ellos.

OBLIGACIONES DEL FACTORDestacan**:**

**-** No delegar su encargo sin consentimiento de su principal (art. 296). **JUSTO LO CONTRARIO DE LO QUE OCURRE EN EL 1721 Cc**

**-** Responder de los perjuicios que cause al principal por su culpa (art. 297)

- No hacer competencia al principal (art. 288)

Finalmente, respecto a laDURACIÓNdel poder**,** establece elart. 290 que éste dura mientras no sea expresamente revocado, aunque muera el principal o la persona de quien lo hubiera recibido (lo contrario de 1732).

**EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

La libertad de competencia constituye un elemento esencial de nuestro sistema constitucional de economía social de mercado y de la UE (arts. 101 a 113 del TFUE). Rige la Ley de Defensa de la Competencia de 3 julio de 2007 (modificada entre otras por la Ley de 4 de marzo 2011, de Economía Sostenible), que ha derogado la anterior ley de 1989 y ha recogido las reformas operadas en el derecho comunitario, fundamentalmente:

-Reglamento 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts 81 y 82 del TUE

-Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

CUESTIONES SUSTANTIVAS

El Título I las regula bajo tres aspectos: régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia, control de concentraciones y las ayudas públicas.

**CONDUCTAS PROHIBIDAS** Pueden ser:

. **Colusorias** (art 1): Se prohíbe toda práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Asimismo, se declaran nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que originen tales prácticas y no estén amparados por las exenciones previstas en la Ley (vg se admiten los que contribuyan a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico –siempre que cumplan determinados requisitos adicionales- y los que sean conformes a los Reglamentos Comunitarios en la materia).

. **Abusivas** (art. 2): Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional.

. Actos de competencia **desleal** (art 3) que por falsear la libre competencia afectan al interés público.

Se exceptúan de estas prohibiciones determinadas conductas:

\* las exentas por aplicación de una ley (art 4).

\* las que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (art 5).

Finalmente, si bien se prevé en el art 6 de la ley que la CNMC efectúe declaraciones de inaplicabilidad de las prohibiciones a una conducta concreta.

La ley vigente ha hecho desaparecer las autorizaciones singulares por parte de la CNMC: han de ser las propias empresas las que autoevalúen si sus acuerdos encajan en el marco legal (como señala la EM).

Los artículos 7 y siguientes se ocupan de las denominadas **CONCENTRACIONES ECONÓMICAS** (cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas).

Quedan sujetas a un procedimiento de control siempre que concurra al menos una de las dos circunstancias ss (art 8):

. Que, como consecuencia de la concentración, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al **30% del mercado** en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo

Se exceptúa el caso de que el volumen de negocios de la sociedad adquirida NO EXCEDA de los 10 millones de euros Y la cuota de mercado conjunta de los partícipes en la concentración NO EXCEDA del 50%

. Que el volumen de negocios global de los partícipes supere los **240 millones de euros** Y al menos dos de los partícipes realicen un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.

Este procedimiento de control al que se refiere la LDC consiste en la necesidad de notificación previa a la CNMC e imposibilidad de ejecución de la concentración hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración (salvo que se acuerde por el Consejo de la citada Comisión el levantamiento de la suspensión de la ejecución).

Art 58. Las resoluciones en las que el Consejo de la CNMC prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones no serán ejecutivas y no pondrán fin a la vía administrativa:

Hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros (o haya transcurrido el plazo legal para ello)

Hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la CNMC

Finalmente, el art 11 encomienda a la CNMC analizar los criterios de concesión de **AYUDAS PÚBLICAS**.

A diferencia de lo que ocurre en el Dº Comunitario, donde el Reglamento 1/2003 del Consejo **prohíbe** todo tipo de ayudas a cualquier empresa, sea pública o privada (no es una prohibición absoluta, siendo la Comisión comunitaria la que, previa informe de los estados miembros, determina si son o no compatibles con el mercado común).

ORGANIZACIÓN

Aparte los organismos autonómicos de defensa de la competencia, la Ley de 4 de junio de 2013, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, fusiona a la antigua Comisión Nacional de la Competencia con otros órganos.

Esta CNMC tiene personalidad jurídica (organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad) y goza de **independencia funcional** (no puede solicitar ni aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada). **Órganos** de gobierno:

. El Consejo, órgano colegiado de decisión, integrado por 10 miembros y compuesto de dos Salas (de supervisión y de competencia)

. El Presidente de la CNMC, que lo es también del Consejo.

**LA COMPETENCIA DESLEAL**

El concepto de la competencia desleal resulta de la Ley 10 Enero 1991 de competencia desleal, modificada por la Ley 29/2009 y recientemente por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLDCU *y otras*.

Según sus arts 2 y 4, son REQUISITOS para que exista un acto de competencia desleal:

Que el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales. Y que resulte objetivamente contrario a la buena fe.

La ley es de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (operadores de mercado, en la línea del ámbito de la propuesta del Código Mercantil 2013).

Tras la reforma de la Ley 29/2009 se ha optado por regular de forma separada los *actos de competencia desleal* (que tutelan el interés tanto de los empresarios como en su caso de los consumidores, art. 5 y ss) y las *prácticas comerciales con los consumidores y usuarios* (protegen únicamente el interés de los consumidores, art. 19 y ss). Art 5 y ss. Ej:

\* Actos y omisiones **engaño**sos (se incluye “en su caso” –no siempre- el incumplimiento de los compromisos asumidos en un código de conducta por un empresario o profesional).

\* Actos de **confusión**, **prácticas agresivas** (incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso –vg. acoso-) y realización o difusión de actos de **denigración** (a no ser que sean manifestaciones exactas, verdaderas y pertinentes).

\* Actos de **comparación** (publicidad comparativa, salvo cumpliendo determinados requisitos), de **imitación y explotación de la reputación ajena**

\* **Violación de secretos** (espionaje y otros), i**nducción a la infracción contractual** (trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados) y actos de **violación de normas**.

\* El **tratamiento discriminatorio del consumidor** en materia de precios y demás condiciones de venta (a no ser que medie causa justificada) **y la explotación de la dependencia económica** en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores.

\* **Venta a pérdidas y publicidad ilícita**.

Se concede a empresarios y consumidores las siguientes ACCIONES

**Art 32**

. Declarativa de la deslealtad del acto.

. De cesación / prohibición / remoción de los efectos / resarcimiento de daños y perjuicios –incluyendo en su caso la publicación total o parcial de la sentencia- (del acto)

. De rectificación de informaciones.

. De enriquecimiento injusto (sólo cuando el acto lesione un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico).