

TEMA 3. EL EMPRESARIO.

I. COMERCIANTE, EMPRESARIO, EMPRESA, ESTABLECIMIENTO.

El concepto fundamental del Derecho mercantil es el de empresario, la persona que realiza la actividad mercantil. A pesar de su importancia, el concepto empresario no está definido en el Código de Comercio (que, sin embargo, sí se refiere a él en numerosas ocasiones, bajo la arcaica denominación de comerciante) y es quizá el más oscuro y discutido del Derecho mercantil, ya que se mezclan y entrecruzan al menos los siguientes términos: comerciante; empresario; empresa; y establecimiento mercantil.

Pero aún hay más, y es que consecuencia de la crisis económica y financiera que atravesó en la pasada década nuestro país, y la necesidad –indiscutible- de apoyar la creación de empleo, se han tomado una serie de medidas que hacen gala de una notable falta de precisión legislativa y desconocimiento del acervo mercantil. A principios de 2013 el legislador español aprobó el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (*B.O.E.* núm. 47, de 23 de febrero de 2013, p. I-15219); se trataba básicamente de incidir en aspectos fiscales y laborales, y en ese sentido nada que objetar.

Sin embargo, a los pocos meses se aprobó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (*B.O.E.* núm. 233, de 28 de septiembre de 2013), que ya es harina de otro costal. De forma paralela a la redacción de la propuesta de Código Mercantil se aprueba una Ley que viene a introducir profundas alteraciones en nuestro ordenamiento, y que ha sido calificada unánimemente por la doctrina como auténtica aberración jurídica.

En efecto, como ha señalado¹ con palabras duras -pero desgraciadamente acertadas- el Prof. ALFARO, el concepto de emprendedor que la nueva normativa propone² no tiene valor alguno legalmente (¿cómo se diferencia un emprendedor de un empresario? ¿Qué es eso de que una persona “independientemente de su condición de persona física o jurídica” puede ser emprendedor? ¿Es que los trabajadores por cuenta ajena no desarrollan una “actividad económica productiva”?). Volveremos sobre esta cuestión en el segundo bloque de temas del curso, relativo al Derecho de Sociedades, ya que otras “perlas” que el Proyecto contiene, el “emprendedor de responsabilidad limitada” (Capítulo II) y “la sociedad limitada de formación sucesiva” (Capítulo III) son todo un alarde de desconocimiento de los más elementales principios jurídicos societarios.

Comerciante es pues el término tradicional que utiliza fundamentalmente el C.Com. Lo define como las personas físicas que se dedican habitualmente al comercio, más las sociedades mercantiles o industriales [art. 1 C.Com.]. Sin embargo, en el C.Com. histórico ya

¹ <http://derechomercantiles.es/2013/05/mas-bazofia-al-boe-la-ley-de.html>

² Artículo 3. *Emprendedores*. Se consideran emprendedores aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica productiva, en los términos establecidos en esta Ley.

aparecía el concepto empresa y empresario (ver arts. 175.3, 283 y el ya derogado 930 C.Com).

Empresario es un concepto que corresponde a una concepción más moderna del Derecho mercantil, y que abarca a un conjunto más amplio de personas que el concepto de comerciante. Es sencillamente la persona física o jurídica, de derecho público o privado, titular de una o varias empresas (nótese que la definición no es precisamente clara, pues lo único que hace es traspasar el *onus definendi* al concepto empresa - volveremos después sobre este concepto). Es perfectamente posible, y de facto se da con frecuencia, que un empresario sea titular de varias empresas (una persona física que tiene un restaurante y una tienda, una gran sociedad que tiene una división industrial y otra inmobiliaria).

En el C.Com el concepto de empresario tuvo una tímida acogida en los arts. 16, 17 y 25, reformados en 1973, que preveía la inscripción de “los comerciantes o empresarios mercantiles individuales” en el Registro Mercantil. En la reforma de 1989 se ha prescindido totalmente de la referencia a los comerciantes, y sólo se habla de “empresarios individuales” [véase el art. 16 C.Com]. Con la última reforma, el concepto de empresario también se ha introducido en la obligación de llevanza de contabilidad: el nuevo Título III del Libro I se denomina “De la contabilidad de los empresarios”. Aparte de las mencionadas, en el Derecho sustantivo existen pocas referencias al concepto de empresario, y ninguna definición.

Se ha definido el empresario utilizando el concepto de empresa y por lo tanto se ha trasladado el problema definitorio a este último concepto. La definición de empresa es una cuestión que ha levantado extensas polémicas doctrinales. En realidad, empresa es una unidad organizada que produce, en general con afán de lucro, bienes y servicios dirigidos a un mercado.

Empresario es un concepto más amplio que comerciante, pues abarca tanto a éstos, como a otros empresarios de naturaleza no mercantil (como p.e. organismos públicos, fundaciones, cajas de ahorro...). En resumen, empresario es un concepto amplio, que incluye a los comerciantes individuales, las sociedades mercantiles y a otras entidades de naturaleza no mercantil (fundaciones, cajas de ahorro, organismo público) que realizan una actividad económica.

La legislación utiliza con alguna frecuencia el concepto de empresa. Recuérdese que en la “Constitución económica” es uno de los conceptos capitales, que aparece en diversos arts. de la CE:

- art. 38 CE: “Libertad de empresa”;
- art. 128 CE: “intervención de empresas”;
- art. 129.2 CE: “participación en la empresa”.

El concepto aparece también en el C.c. [art. 1903, IV, que establece la responsabilidad del dueño de la empresa por los actos de sus empleados], en la Ley de Sociedades Anónimas [art. 39.3., III “aportación de empresa o establecimiento”], y en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 [arts. 3.1.b) y 3.1.c) “conductas prohibidas autorizables”; art. 6 “abuso de posición dominante”; art. 14 “concentración de empresas”], en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (“cambio de titularidad de la empresa”).

El establecimiento mercantil, por otra parte, es el conjunto de bienes organizado que la empresa utiliza para su actividad; también se suele hablar de “negocio”, “tienda”, “industria” con una significación similar. Los bienes que pueden formar parte de un establecimiento abarcan un espectro muy amplio: desde bienes inmuebles, maquinaria, instalaciones, mercaderías, pasando por derechos de crédito, derechos reales, patentes, marcas, propiedad intelectual, hasta llegar a árboles, plantas o animales.

Es frecuente que una empresa tenga varios establecimientos para el ejercicio de su actividad. Los diversos establecimientos radican normalmente en distintos lugares geográficos, incluso en diferentes países, pero nada se opone a la existencia de dos o más establecimientos en una misma población.

Cuando hay varios establecimientos se habla de establecimiento principal (para designar el domicilio del empresario) y sucursales [art. 22.1. C.Com]. Dos conceptos que no se deben confundir son los de sucursal y filial. La sucursal no tiene personalidad jurídica propia. Es una simple base física, separada del establecimiento principal.

Filial, por el contrario, es una sociedad independiente, cuyo capital está controlado en su mayoría (o en su totalidad) por el empresario. Los empresarios pueden decidir libremente si estructuran su actividad a través de sucursales o de una o varias filiales (las filiales pueden especializarse por localización geográfica o por actividad: Empresarios, S.A. puede decidir abrir filiales en diferentes regiones – Empresarios Galicia, S.A. - o dedicados a determinadas actividades - Empresarios Exportación, S.A.).

El establecimiento mercantil tiene un valor igual al de los bienes y derechos que lo integran; sin embargo, el valor de una empresa normalmente es superior al de su o sus establecimientos. Se debe esto a que la empresa es una organización en activo, con una clientela, unas prácticas fabriles, comerciales y administrativas, un “*know how*”, un equipo de personas que trabajan conjuntamente; esta organización compleja crea unas expectativas de beneficios futuros, que hace que el valor de la empresa sobrepase, en ocasiones en una proporción muy importante, el valor de los bienes y derechos que forman su sustrato; ese sobre valor se conoce como “fondo de comercio”.

Únicamente cuando una empresa se adquiere (p.e. por compraventa o por fusión) y se paga por ella un precio superior al valor neto contable, aparece en la contabilidad del adquirente un fondo de comercio. Este activo inmaterial tiene que se amortizado en un plazo de 20 años. El C.Com utiliza con frecuencia el concepto “establecimiento” [véase art. 3 C.Com; nótese que en otros artículos -86, 283, 286 y 566- el C.Com utiliza el concepto establecimiento impropriamente, equiparándolo a empresa]. El concepto de establecimiento mercantil también se utiliza en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 1954, que en su art. 19 regula la hipoteca que sobre él se puede establecer. El C.c. finalmente regula la instalación de fábricas “sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias” [art. 590 I].

II. ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPRESARIO.

La consideración de una persona como comerciante o como empresario tiene importantes consecuencias para su régimen jurídico. Lo más característico de la naturaleza de empresario es la dimensión social, que impone ciertas restricciones a la forma en la que puede administrar su patrimonio empresarial. Así, el empresario tiene que aceptar que otros grupos interesados y en especial los trabajadores, puedan intervenir en el proceso de toma de decisiones [art. 129.2 CE] y además tiene que soportar que en circunstancias en las que el interés general lo exija, su empresa sea objeto de intervención [art. 128.2 CE]. Finalmente, la concentración empresarial (es decir, la unión de dos empresas por fusión o adquisición), está sujeta a un régimen jurídico especial.

Además, la atribución del carácter de empresario a una persona natural o jurídica impone sobre la misma dos deberes fundamentales:

(i) la obligación de llevar contabilidad. Esta obligación, necesaria para dejar constancia de la actividad fabril e industrial de la empresa, tiene desde la reforma de 1989 del C.Com un firme soporte legal, ya que el nuevo art. 25 C.Com establece la obligatoriedad de la contabilidad para todos los empresarios (y no sólo para los comerciantes);

(ii) en general, la obligación de inscripción del propio empresario y de determinados actos en el Registro Mercantil (art. 16.1 C.Com), deber del que sin embargo se exceptúa al empresario individual, en relación con el cual la inscripción resulta potestativa (art. 19.1 C.Com);

(iii) en el ámbito de la contratación privada, la participación de un empresario en un contrato es relevante, ya que otorga carácter mercantil a ciertos contratos, que, de no intervenir un empresario, tendrían naturaleza civil [cuentas en participación - art. 239 C.Com; comisión - art. 311 C.Com; transporte - art. 349, II C.Com].

Nótese que en estos artículos el C.Com utiliza el término “comerciante”, pero ha de entenderse, a la luz de la realidad social actual, que se refiere en realidad a “empresarios”. En efecto, la característica común a los mencionados contratos es que forman parte del giro o tráfico de una empresa y es por ello por lo que se regulan dentro del ámbito mercantil. Cuando el que intervenga en ellos sea un empresario no comerciante (por ej. RENFE, Cajas de Ahorros,...) también ha de considerarse que el contrato en cuestión adquiere carácter mercantil.

En el ámbito fiscal, la consideración o no de una persona como empresario también tiene gran trascendencia, ya que los empresarios están sujetos al IVA, pueden constituir Uniones Temporales de Empresas [de acuerdo con la Ley 18/1982] y Agrupaciones de Interés Económico [Ley 12/1991, de 29 de abril] y en general gozan (o sufren) de un estatuto fiscal especial.

Finalmente, los empresarios tuvieron un régimen jurídico especial para el caso de que sufrieran una crisis empresarial. La Ley Concursal de 2003, sin embargo, unificó el sistema, y el concurso se aplica a todo tipo de deudores, sean o no comerciantes o empresarios, incluso a personas físicas o familias.

III. CLASES DE EMPRESARIOS.

Los empresarios³ se pueden clasificar en mercantiles, civiles y administrativos. Los empresarios mercantiles a su vez se dividen en comerciantes individuales y sociedades mercantiles.

A) Empresarios mercantiles.

1) Comerciantes individuales: es la persona física que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una empresa o actividad empresarial. La libertad del ejercicio de una empresa se halla reconocida en el artículo 38 de la Constitución (como sabemos, en el marco de la economía de mercado). En consecuencia la capacidad para ser un empresario individual y, por consiguiente, para el ejercicio del comercio viene determinada por la mayoría de edad (esto es, 18 años -art. 12 CE), y por la libre disposición de los bienes (art. 4 C.Com). No pueden ejercer el comercio por tanto ni los menores (aún emancipados) ni los incapacitados sometidos a tutela o curatela.

En la práctica, la forma de empresario individual está reservada a las microempresas, ya que en cuanto adquieren una cierta complejidad, el empresario busca la limitación de responsabilidad de la sociedad mercantil.

Si el comerciante está casado, en principio responde con su patrimonio propio, y con los bienes comunes del matrimonio (salvo que el otro cónyuge se oponga expresamente) (arts. 6 y 7 C.Com); los bienes propios del cónyuge no comerciante solo quedan obligados, si consiente caso a caso a que esos bienes se afecten a la actividad mercantil del cónyuge comerciante (art. 9; el marido, no comerciante, hereda una casa; ésta solo responde de las deudas mercantiles incurridas por la esposa comerciante, si el marido expresamente lo consiente).

Las sociedades mercantiles pueden adoptar la forma de anónima, limitada, regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedad anónima laboral y cooperativa. Por lo que respecta a estas últimas, el C.Com únicamente considera mercantiles a las que realicen su actividad empresarial no sólo con sus socios, sino también con terceros [véanse arts. 124 C.Com y 4 de la Ley de Cooperativas de 1999]. También se consideran mercantiles las mutuas de seguros a prima fija [art. 124 C.Com].

2) Grupos de Sociedades: en la realidad del tráfico es muy frecuente que las sociedades mercantiles creen filiales, dando lugar al fenómeno que se conoce como “grupo de sociedades”. En la reforma de 1989 del C.Com, se introdujo el concepto de “grupo de sociedades” [ver art. 42], y se exige que todo el grupo presente unas únicas cuentas anuales consolidadas. Forman parte del grupo toda sociedad controlada directa o indirectamente por la matriz, o por cualquier sociedad ya perteneciente al grupo [arts. 42.2. y 42.4. C.Com]. Por “control” se entiende bien la mayoría de votos en la Junta General de Socios, o bien el

³ La propuesta de Código Mercantil, por su parte, asimila a este concepto de “empresario” a cualquier “operador de mercado y operador económico” (Vid., E.M. párrafo I-23).

derecho a designar a la mayoría de los miembros del Consejo [ver art. 42.1.]. El art. 4 de la Ley del Mercado de Valores contiene un concepto de “grupo” similar aunque no idéntico al del art. 42 C.Com. Aparte de la obligación de consolidar sus cuentas anuales, el Derecho mercantil carece de una regulación específica de los grupos de sociedades.

La LSC de 2010 se refiere a estos grupos sucintamente al establecer, en el art. 18, que a los efectos de dicha ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.

B) Empresarios civiles y administrativos.

Dentro de los empresarios civiles se encuentran los siguientes:

- los agricultores/artesanos/profesionales que reúnan los requisitos generales para ser empresarios; el C.Com no considera a estos como comerciantes [(véanse arts. 1 y 326, 2º y 3º C.Com)];
- las sociedades civiles, sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes y las asociaciones/fundaciones, siempre que realicen una actividad empresarial (p.ej. las Cajas de Ahorro; existe una práctica bastante generalizada de que las micro-empresas con varios socios adopten la forma de comunidad de bienes sujeta al C.c.);
- las cooperativas y mutuas que no tengan consideración de comerciantes por no reunir los requisitos del art. 124 C.Com

El ejercicio de la actividad mercantil puede ser incluso desarrollado por asociaciones y por fundaciones. Cuando una asociación desarrolla, de manera principal o marginal, una actividad empresarial, mantiene su naturaleza como tal siempre que el beneficio obtenido, en su caso, se destine a los fines de la asociación y no se reparta a los asociados. Sin embargo, adquiere como consecuencia de dicha actividad el carácter de empresario y, en tanto que tal, estará obligada a llevar una contabilidad (ex art. 25 C.Com).

También las fundaciones (organizaciones sin ánimo de lucro cuyo patrimonio está afecto de modo duradero a la realización de los fines de interés general fijados por el fundador (art. 2 Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones)) pueden realizar actividades empresariales adquiriendo la condición de empresario, siempre que dichas actividades estén relacionadas con los fines fundacionales (art. 24.1.; una fundación cuya finalidad es la protección del patrimonio, puede publicar libros de arte).

Un caso especial de fundación con actividad mercantil lo constituyen las Cajas de Ahorro, que son entidades de crédito, ejercen una actividad claramente mercantil y destinan una parte importante de los beneficios obtenidos a obras benéfico-sociales. En su condición de empresarios, las Cajas de Ahorro están obligadas a la llevanza de la contabilidad y al deber de inscripción en el Registro Mercantil.

Empresario y profesiones liberales: Tradicionalmente el profesional liberal se ha limitado a desarrollar la actividad que le es propia si el grado de organización o el grado de

complejidad de los empresarios comerciantes, primero, e industriales, posteriormente. Ello explica el establecimiento de un estatuto jurídico especial para estos últimos, mientras que los profesionales liberales quedaban al margen del Derecho mercantil.

En la actualidad de nuestro Derecho siguen claras las diferencias entre los empresarios y los profesionales liberales. La condición mercantil de estos últimos únicamente se adquiere cuando optan por alguno de los tipos societarios que la ley declara empresarios por razón de la forma (las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil, art. 2 LSC).

Estos conceptos se extienden en la propuesta de Código Mercantil hasta incluir (*Vid.*, E.M., párrafo I-11) ámbitos económicos hasta ahora excluidos del Derecho mercantil por razones históricas que se consideran superadas, como la agricultura y la artesanía. Por otra parte, la figura central del empresario no es la única protagonista entre los operadores del mercado sujetos al Código, concepto que también abarca a los profesionales que ejercen actividades intelectuales, sean científicas, liberales o artísticas, cuyos bienes o servicios destinen al mercado; a las personas jurídicas que, cualquiera sea su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código, e incluso a los entes sin personalidad jurídica por medio de los cuales se realicen.

Las Administraciones Públicas pueden realizar una actividad empresarial, bien creando entidades de derecho público (ej. RENFE), o bien siendo titulares de acciones o participaciones en sociedades mercantiles estatales (cfr. art. 3.2. Ley 47/2003 de 26 de noviembre General Presupuestaria). En este último caso se trata de sociedades de régimen general cuya única especialidad es que tienen un accionista mayoritario (> del 50%) que es una Administración Pública (cfr. art. 166 Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

En los últimos años la tendencia tanto a nivel nacional como internacional ha sido hacia la reducción del número de empresas controladas por la Administración. Este fenómeno se conoce como privatización. Se inició en Inglaterra, en época de Mrs. Thatcher, continuó en Francia y después se ha extendido a prácticamente todos los países. El sustrato ideológico radica en el convencimiento que la gestión de una empresa pública es menos eficiente que la de una privada. En España, el Estado privatizó en los años de Gobierno del Partido Popular, siguiendo la tendencia señalada, la mayoría de las empresas estatales (Repsol, Telefónica, Iberia, Endesa, Argentaria, etc).

IV. LA REPRESENTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA.

En el tráfico mercantil, los auxiliares dependientes del empresario realizan continuamente declaraciones de voluntad con terceros, actuando como sus representantes. El art. 281 C.Com permite expresamente al empresario que constituya apoderados generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta, en todo o en parte, o para que le auxilién en él. Esta actuación en nombre de un tercero, es típica de los auxiliares dependientes, ya que los auxiliares independientes nunca actúan frente a terceros en nombre del empresario.

Los apoderados a los que se refiere el art. 281 C.Com. están unidos al empresario por un vínculo de representación: la representación es una institución jurídica por la que una persona (el apoderado) queda autorizado a otorgar un negocio jurídico en nombre y por cuenta de otra denominada poderdante, de forma que el negocio se entiende efectuado por el poderdante y a él pasan inmediatamente sus efectos.

Origen: la representación puede surgir o de un precepto legal o de un negocio jurídico. En las sociedades de capital la ley atribuye la representación de la sociedad a sus administradores (antiguos arts. 128 LSA y 62 LSL - si la administración adopta forma de consejo, la representación corresponde al órgano en su conjunto; actuales arts. 233 y ss LSC). Fuera de estos casos de representación orgánica *ex lege*, la fórmula más frecuente para atribuir la representación es a través de un negocio jurídico, de una declaración de voluntad del empresario (individual o social) atribuyendo poderes a alguno de sus auxiliares dependientes. Esta declaración de voluntad del poderdante toma la forma de un negocio jurídico unilateral, que se conoce como apoderamiento u otorgamiento de poder. Al tratarse de un negocio jurídico unilateral, no precisa de aceptación por parte del apoderado. Su contenido consiste en una autorización para que el apoderado realice determinados actos en nombre del poderdante, quedando éste vinculado como si él mismo los hubiera realizado.

Apoderamiento: al ser un negocio jurídico unilateral, el apoderamiento otorga al apoderado la facultad de actuar en nombre ajeno, pero no la obligación de actuar. Para que el apoderado deba actuar en nombre del poderdante, al negocio jurídico de apoderamiento debe sobreponerse un contrato, aceptado por el apoderado, que el C.Com - siguiendo una larga tradición hoy totalmente abandonada - considera como mandato mercantil o comisión, y que hoy cae nítidamente dentro del contrato de trabajo. Por ello, el C.Com regula el apoderamiento de los auxiliares dependientes en un sitio que hoy nos parece totalmente inapropiado: en una sección especial, dentro del contrato de comisión (arts. 281-302 C.Com; los artículos 300-302 regulan el despido, pero han sido derogados por el ET).

Hoy el contrato de trabajo es la relación que se superpone al apoderamiento ya que los representantes de la mayoría de las empresas son sus propios empleados. En las Sociedades, los administradores legales o el consejo de administración tienen por ley el poder de representación de la persona jurídica, y en virtud de esa representación institucional otorgan poderes –más o menos amplios- a los directivos y empleados.

Efectos: los actos realizados por el apoderado en nombre del poderdante se entienden efectuados por el poderdante - el representante es un “alter ego” del representado. El apoderado debe hacer constar, al realizar la declaración de voluntad, que actúa en representación del empresario (cfr. art. 284 C.Com), y en este caso, los efectos jurídicos se producen directamente entre el empresario y el tercero (art. 285 I C.Com). Los efectos del contrato se producen en el patrimonio del empresario, no del apoderado. El tercero tampoco tiene acción contra el apoderado, sino únicamente contra el poderdante.

Forma: aunque el art. 1710 C.c. permite en principio que el apoderamiento se otorgue en documento privado o incluso de palabra, el art. 1280 C.c. limita esta libertad, al exigir escritura pública, entre otros, para los poderes para administrar bienes o para actos que haya

de perjudicar a tercero. Este requisito se exige “*ad solemnitatem*”, es decir el poder no es nulo si no se ha extendido en escritura pública, sino que la forma se exige para que el apoderamiento y los actos de ejercicio puedan ser opuestos frente a terceros.

El art. 22.2 C.Com por su parte exige que los poderes generales se inscriban en el Registro Mercantil y el art. 5 RRM exige que los poderes para poder ser inscritos se extiendan en escritura pública. ¿Qué se entiende por poderes generales? El art. 1712 C.c. los define como aquellos que abarcan todos los negocios del poderdante, mientras los especiales sólo abarcan uno o más negocios determinados. En el ámbito de la empresa, este artículo debe interpretarse a la luz del art. 292 C.Com, que define como poder “singular” (es decir especial) el que faculta al apoderado para el desempeño de algunas gestiones propias del tráfico de una empresa. De lo que a su vez se deduce que poder general es el que faculta para realizar todos los actos propios del tráfico ordinario de la empresa (es decir, todos los actos y negocios que forman parte del “día a día”).

En resumidas cuentas, en las empresas todos los poderes para administrar bienes se extienden en escritura pública y los que tienen carácter general se inscriben, además, en el Registro Mercantil. Los demás (p.e. un poder para disponer de dinero en una cuenta corriente) se pueden otorgar en documento privado.

Ámbito del apoderamiento: es característico del derecho tradicional español (ver art. 281 C.Com) el que el ámbito del apoderamiento en general no esté predeterminado por Ley, sino que se deba incluir en la escritura de apoderamiento una enumeración extraordinariamente detallada de las facultades otorgadas; de ahí la necesidad de “bastanteo” de los poderes, es decir, la comprobación por cada parte de la suficiencia del poder de la contraparte. La postura tradicional es entender que si una facultad no se menciona expresamente, se carece de capacidad para realizarla.

Para evitar esta inseguridad el C.Com alemán [parágrafo 49] ha creado la figura del “*Prokurist*”, el apoderado de una empresa que tiene capacidad para realizar toda clase de negocios dentro del giro o tráfico de la empresa, sin que esta facultad pueda ser limitada parcialmente. De esta forma con comprobar si una persona es *Prokurist*, ya se sabe a ciencia cierta cuáles son sus facultades.

Esta idea ha tenido entrada en nuestro Derecho, no a través del C.Com., sino a través de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades Limitada, que establecieron en sus arts. 129 y 63 que el Consejo de Administración o los administradores tendrán la representación de la sociedad en todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, siendo ineficaces frente a terceros cualquier pacto que limite este ámbito. Esta previsión queda recogida por la nueva LSC de 2010 en su art. 234 (*Ámbito del poder de representación*). A su vez, el Consejo o los administradores de sociedades (y los empresarios individuales) deben otorgar poderes a sus diferentes empleados. El ámbito de poder de estos empleados queda a la libre determinación del empresario, que puede dar poderes generales o singulares, para una parte del tráfico o para todo, con limitación de cantidades o sin ella (cfr. art. 281 C.Com).

El C.Com distingue tres categorías de auxiliares, totalmente arcaicas: factor, dependiente y mancebo. Debe resaltarse que la regulación de estas figuras –incluida en el Libro II como “otras formas del mandato mercantil”- está no solamente desfasada, sino que en sí misma es confusa y contradictoria. Las figuras, cuya denominación en la práctica no es utilizada, son las siguientes:

1) Factor [definido en el art. 283 C.Com] es el apoderado general colocado por el empresario individual o por los administradores de la sociedad al frente de un establecimiento. Es el director general de una factoría (de ahí su nombre), de una sucursal. Aunque el C.Com no lo diga, no hay inconveniente en atribuir también esta condición a cualquier apoderado general de un empresario, es decir a cualquier director, aunque no esté al frente de un establecimiento (Res. DGRN 14.3.1996).

2) Dependiente [definido en el art. 292 C.Com] es el apoderado de un empresario individual o social facultado para efectuar algunas gestiones parciales del tráfico; no es un poder general, luego no hace falta inscripción en el Registro Mercantil, siendo suficiente que se consigne en los Reglamentos de una sociedad (o si se trata de “particulares” –se presume que quiere decir el C.Com comerciantes individuales- es suficiente que se anuncie en avisos o circulares). Una vez más, no queda nada claro a qué se refiere el C.Com por “Reglamentos” –históricamente las compañías preparaban y publicaban Reglamentos de régimen interno, pero hoy esta práctica está totalmente obsoleta-. El TS [en Sentencia de 19.6.81], en una interpretación muy amplia, ha aceptado que un empleado de una sociedad, sin poder expreso y sin consignación de sus facultades en los Reglamentos, vincule a dicha Sociedad en un contrato de compra de mercancías.

3) Mancebo propiamente dicho (definido en el art. 294 C.Com; los “mancebos” a los que se refiere el art. 293, son en realidad dependientes; el C.Com incurre en una clara confusión terminológica): son los empleados en las tiendas de venta al por menor y al por mayor, apoderados para vender al contado y recibir mercancías.

En cuanto al ámbito de representación de los anteriores, en el caso del factor y dependiente existe un apoderamiento expreso y por lo tanto el ámbito no está predeterminado por la ley, sino que depende de la voluntad del empresario (cfr. art. 281 C.Com). De ahí la necesidad de detallar los poderes en cada caso, y de bastantearlos.