

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VI

Octubre de 1930

Núm. 70

El Registro mercantil en Derecho español

POR

D. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate

Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad Central.

(*Conclusión.*) (1)

LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO

3. *Aspecto positivo.*—El aspecto positivo de la publicidad aparece más claramente expresado en el artículo 26, cuando dice que los documentos inscritos producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados. La calificación del registrador es la salvaguardia de que este perjuicio de tercero sólo se producirá en virtud de documentos jurídicamente eficaces.

La posición del tercero en el caso del apartado anterior (falta de inscripción), y en el caso presente (inscripción), puede resumirse diciendo que mientras en el primer caso *no necesita* invocar su ignorancia del hecho no inscrito, porque lo no inscrito no le perjudica, en el segundo caso *no puede* invocar su ignoran-

(1) Véase el número anterior.

cia, porque lo inscrito le perjudica, aunque de hecho lo ignore.

La formulación absoluta del artículo 26 no contiene la salvedad del artículo 15 del Código de comercio alemán: «En cuanto un hecho necesitado de inscripción haya sido efectivamente inscrito y publicado, puede hacerse valer frente a tercero, *a no ser que éste no lo conozca ni deba conocerlo.*» Esta salvedad no sólo hace que se desvanezcan los efectos positivos de la publicidad, sino que engendra, a favor de terceros, los efectos negativos, por cuanto que ese hecho, que no debe ser conocido del tercero, se considera como no inscrito, y, por consecuencia, ya no le puede ser opuesto.

En nuestro Derecho la ficción es completa. Lo inscrito en el Registro, que todo el mundo puede conocerlo, es, en efecto, de todo el mundo conocido. La ficción es, además, doblemente rigurosa, porque los efectos positivos se ligan al solo hecho de la inscripción, sin necesidad de una publicación efectiva en los periódicos oficiales. El único caso de inscripción y publicación en los periódicos es, dentro del Código de comercio, el contenido en el artículo 8.º: revocación de la autorización concedida por el marido a su mujer para comerciar. Esta revocación se consigna en escritura pública, de la que se toma razón en el Registro mercantil, *publicándose, además*, en el periódico oficial del pueblo o de la provincia y anunciándose a los corresponsales por medio de circulares.

El Proyecto de reforma del Código de comercio, comprendiendo lo injusto de la ficción, que considera enterado al público en general de todos los asientos del Registro mercantil, sin necesidad de su material publicación, se informa en el sistema de publicidad doble, que es también el alemán (artículo 56 del Libro I del Proyecto). Pero se olvida decir si los efectos de la publicación material del Registro se reconducen sólo al hecho de la inscripción y de la publicación en el Boletín del Registro, como se declara expresamente para el caso de la venta del establecimiento mercantil (38).

(38) Artículo 325 del libro II del Proyecto, párrafo último: «La compra-venta del establecimiento mercantil constará necesariamente por escrito, y para que surta efectos contra tercero, lo mismo que cualquiera otra transmisión de su propiedad, deberá ser inscrita en el Registro mercantil del domici-

¿Quid en el caso de que el tercero no haya podido materialmente conocer el Registro? Parece equitativo que los efectos de la publicidad positiva desaparezcan si el tercero demuestra que su ignorancia se debe a caso fortuito o de fuerza mayor. La cláusula general del artículo 1.105 del Código civil debe protegerle, evitando la originación de un perjuicio inicuo a quien se encontraba materialmente imposibilitado para acercarse al Registro.

Los artículos 24, 26 y 29 del Código de comercio hablan de perjuicio de tercero. ¿Quiere esto decir que la inscripción en el Registro mercantil implica siempre un perjuicio de tercero, o puede también esa inscripción beneficiarle en algún caso? Dicho de otro modo: Los efectos de la publicidad positiva, ¿se manifiestan necesariamente bajo la forma de un perjuicio de tercero?

Puede afirmarse que la inscripción perjudica siempre a tercero, y que aun en aquellos casos en los que parece que el tercero resulta favorecido al poder invocar la existencia de una inscripción en el Registro, se ve que en el fondo la inscripción no añade nada a la posición, ya favorable, del tercero. Al tercero sólo le favorece la falta de inscripción, o, en otros términos, no le perjudica el hecho no inscrito. Un ejemplo aclarará esta doctrina: Supongamos que el apoderado de un comerciante contrata con un tercero, después de haberle sido revocado el poder, obligándose a la prestación X. Llegado el momento de la ejecución del contrato, el tercero demanda a la sociedad para que cumpla esa prestación. Pueden ocurrir dos casos: 1.º La revocación del poder no se ha inscrito. En tal caso, el comerciante viene obligado a cumplir el contrato, porque el tercero se beneficia de la inscripción. Aun no habiendo realmente apoderado, porque el poder estaba revocado cuando el representante actuaba, el tercero puede afirmar, bajo la fe del Registro, que lo había. No es que le favorezca la anterior inscripción del poder. Es que no le perjudica la no inscripción de la renovación. 2.º La revocación se ha inscrito. En este segundo supuesto, el comerciante no está obligado a cumplir el contrato. La inscripción de la revocación perjudica al tercero,

llo del dueño y publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia.» De aquí resulta que el órgano de la publicidad ya no es el *Boletín* del Registro, sino el *Boletín Oficial* de la provincia.

que contrató con el falso apoderado. En definitiva, vemos que el elemento que perjudica al tercero es únicamente el hecho de la inscripción de la revocación.

Si fuese el comerciante poderdante quien demandase al tercero que contrató con el apoderado después de haberse inscrito la revocación del poder, el tercero no vendrá obligado a cumplir el contrato, mas no porque le favorezca la inscripción de la revocación, sino porque, estando revocado el poder, en realidad no contrató con el comerciante y éste no tiene acción alguna contra él. Nótese que, si la revocación del poder no se hubiese inscrito, el efecto sería el mismo. Se ve, por tanto, claro que la inscripción no añade nada a la posición favorable del tercero, salvo la ayuda que pueda suministrarle, a los efectos de la prueba, la aportación de un certificado del Registro donde conste la inscripción de la revocación.

Lo propio ocurre con los pactos sociales no inscritos que el tercero puede invocar en su favor con arreglo al artículo 24 del Código de comercio. Esos pactos sociales favorables a tercero conservan, naturalmente, el propio carácter beneficioso si se inscriben después en el Registro. Pero la inscripción, por eso mismo, no aumenta en nada la situación anterior a la inscripción, que ya era favorable al tercero.

4. *Ámbito objetivo de la publicidad positiva.*—Hemos visto (I, 2, letra b) que en la práctica se inscriben en el Registro mercantil una porción de hechos y relaciones jurídicas no previstos en el Código de comercio ni en el Reglamento del Registro. Los comerciantes, sin tener una idea clara de los efectos del Registro, llevan a él todos los hechos relativos a su comercio, a los que quieren dar mayor fuerza probatoria o robustecerlos de alguna manera. Los registradores, en general, practican la inscripción que se solicita sin atenerse a los preceptos del Código ni del Reglamento. Pero el Tribunal Supremo ha salido al paso de esta corruptela, sentando la doctrina de que los efectos atribuidos por el artículo 26 a la inscripción en el Registro se refieren exclusivamente a aquellos documentos que, conforme a los artículos 21 y 22, son susceptibles de inscripción, y no a cualesquiera otros documentos, aunque de hecho resulten inscritos. Esta es la declaración contenida en la Sentencia de 18 de Febrero de 1899. Se tra-

taba de un juicio de tercería en el que prosperó la demanda, y se entabló recurso de casación contra la sentencia de la audiencia, alegándose la infracción del artículo 26 del Código de comercio con el fundamento de que, inscritos en el Registro mercantil ciertos documentos de préstamo, desde tal fecha debían producir efecto legal en perjuicio del demandante, sin que pudieran ser invalidados por la escritura no inscrita acompañada a la tercería, gozando, por tanto, del privilegio que le da la inscripción con respecto a los bienes dados en garantía. Afirma el Tribunal Supremo, al declarar no haber lugar al recurso, que no puede interpretarse el artículo 26 del Código de comercio aisladamente, sino como parte integrante que es del Título II de dicho Cuerpo legal, donde por regularse el Registro mercantil están contenidos los preceptos que le sirven de complemento y determinan su alcance. Y que la circunstancia de haberse registrado el crédito del recurrente y no el del tercerista carece de todo efecto para dar preferencia al primero sobre el segundo, porque los contratos de préstamo otorgados por los comerciantes en favor de personas determinadas no están comprendidos entre los actos que han de inscribirse en el Registro.

Refiriéndose también a un contrato de préstamo, y sin hacer la declaración general que contiene la sentencia recién citada, el Tribunal Supremo había declarado ya en su sentencia de 15 de Octubre de 1897, dictada también en un pleito de tercería, que la inscripción de la escritura de préstamo en el Registro mercantil en nada modifica los términos del problema jurídico, ya porque este documento no es de los llamados a ser registrados, según el Código de comercio, ya porque la obligación en dicha escritura consignada no varía de naturaleza por la inscripción. Por su parte, la sentencia de 30 de Octubre de 1909 afirma que la inscripción de un crédito en el Registro mercantil no modifica su naturaleza ni mejora su condición para obtener preferencia sobre otro.

La tesis del Tribunal Supremo es bien clara: Los interesados pueden llevar al Registro todos los hechos que tengan por conveniente, pero los enérgicos efectos de la publicidad positiva (perjuicio de tercero desde la fecha de la inscripción) no van unidos más que a la inscripción de los hechos previstos en los artículos 21 y 22 del Código de comercio.

5. *El concepto de tercero.*—Al tratar de los efectos de la publicidad negativa del Registro se ha rozado la cuestión referente al concepto de tercero. El Código de comercio habla de tercero o de tercera persona (artículos 24, 26 y 29), pero no dice qué debe entenderse por tercero a los efectos del Registro mercantil.

La definición de tercero contenida en el artículo 27 de la ley Hipotecaria (39) no puede servirnos, precisamente porque su referencia al acto o contrato inscrito es inadecuada a la materia del Registro mercantil. A falta de un concepto legal, nuestra jurisprudencia, con motivo de la aplicación de los artículos 24 y 29 del Código de comercio, en sucesivos tanteos, ha ido delimitando la figura de tercero, mas sin llegar a un concepto unitario. No se ha servido como criterio diferenciador del dato de la intervención o no en el acto inscrito, ni tampoco de la circunstancia de que el supuesto tercero ignore o no el hecho inscrito. Este último criterio de la ignorancia del hecho inscrito es decisivo en la legislación alemana, ya que sólo puede ampararse en la publicidad negativa del Registro quien efectivamente ignore la existencia del hecho no inscrito (tercero de buena fe). De los artículos 24 y 29, puede deducirse que, en el concepto legal, es tercero tanto el que ignora como el que conoce el hecho no inscrito, ya que aun conociéndolo puede rechazar lo que le sea perjudicial y aceptar lo que le sea favorable, según hemos visto más arriba (II, 2). La sentencia de 20 de Noviembre de 1896 aclara perfectamente la posición de este tercero conocedor del hecho no inscrito. Se trataba del endosatario de un pagaré suscrito por un socio de sociedad no inscrita y no autorizado para llevar la firma social, que, como titular del pagaré, demanda con carácter solidario a los demás socios el cumplimiento del contrato. Al proceder así el demandante se ampara en la existencia del contrato social y la cualidad de socio del suscriptor del pagaré, como datos que le son favorables, y rechaza, en cambio, como perjudicial la cláusula social que reserva exclusivamente a otro socio el uso de la firma de la sociedad. El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, sanciona esta tesis del demandante, como ajustada al artículo 24 del Código de comercio,

(39) Para los efectos de esta ley, se considera como tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.

«puesto que lo favorable en este caso para el actual tercero respecto de la constitución social es la demostración de la existencia de la sociedad y de la cualidad de gestor del demandado, y lo adverso, el pacto expreso de que M. exclusivamente debería llevar la firma de la razón social».

Otras veces el Tribunal Supremo se ha fijado en el dato de que el pretendido tercero ha contratado con Sociedad no inscrita, para negarle por este hecho el concepto de tercero. En este sentido, queda citada más arriba la sentencia de 3 de Enero de 1906, a cuyo tenor no es tercero ni puede, por tanto, invocar a su favor el artículo 24 del Código de comercio aquel que contrata indirectamente con Sociedad aun cuando no esté registrada.

Con motivo de la aplicación del artículo 29 del Código de comercio, la sentencia de 18 de Diciembre de 1901 ha establecido la doctrina de que el tercero a que se refiere el artículo 29 no es cualquier persona que no haya intervenido en el contrato celebrado por un mandatario cuyo poder no se haya registrado, sino el que contrata con éste en relación con el mismo y con su mandante, cual lo patentiza la última parte de dicho artículo. Se trataba en aquel caso resuelto por el Tribunal Supremo de una tercería de dominio a la que se opuso el ejecutante alegando que la supuesta transmisión de dominio realizada a favor del tercerista no podía perjudicarle a él, porque se trataba de una cesión de bienes hecha por un apoderado cuyo poder no estaba inscrito en el Registro mercantil. El Tribunal Supremo negó al demandado el concepto de tercero a los efectos del Registro mercantil, exigiendo para ser incluido en ese concepto la circunstancia de haber contratado con el apoderado cuyo poder no fué inscrito en el Registro.

Vemos así que nuestro Tribunal Supremo se abstiene de formular un concepto general de tercero en relación con el principio general de publicidad material, contenido en el artículo 26 del Código de comercio. Se limita a decir quién es tercero cuando se trata de la aplicación concreta de ese principio general de publicidad en los casos de los artículos 24 y 29 del Código de comercio. El supuesto de este último precepto (poderes no registrados) confirma la inadaptación del concepto de tercero hipotecario a la materia del Registro mercantil.

IV

SIGNIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL HECHO INSCRITO.
EL PROBLEMA DE LA «FIDES PUBLICA».

1. *Los efectos de la inscripción en cuanto al hecho en sí mismo.*—Dentro del tema general de la significación jurídica de la inscripción, parece que es posible distinguir dos clases de problemas: el que se refiere y afecta a la publicidad material del Registro y el relativo al valor de la inscripción respecto del hecho inscrito en sí mismo. La publicidad material supone la existencia jurídica de un hecho y regula las consecuencias frente a tercero de la inscripción o de la falta de inscripción de ese hecho. Pero puede preguntarse también cuáles son los efectos de la inscripción respecto del hecho mismo inscrito. En el primer caso se trata de la oponibilidad o falta de oponibilidad de un hecho frente a tercero, según que esté o no inscrito en el Registro. En el segundo, de la valoración jurídica de un hecho según que esté o no inscrito. En el primer caso, los efectos de la inscripción se miden frente a tercero; en el segundo, frente al hecho mismo. En tal sentido puede hablarse (con la debida reserva, porque el Registro mercantil es fundamentalmente una institución de publicidad orientada hacia los terceros) de efectos externos y efectos internos de la inscripción. La cuestión de si cierto hecho perteneciente al comercio ha de estar inscrito en el Registro mercantil para tener existencia legal, es, ciertamente, independiente de la cuestión relativa a que el tercero sea perjudicado por ese hecho en cuanto esté inscrito. Claro está que mientras ese hecho no se inscriba no podrá perjudicarlo, mas esto no por consecuencia de la publicidad material negativa (efectos externos), sino porque ese hecho, jurídicamente, no existe ni frente a tercero ni frente a nadie (efectos internos).

Hemos tratado de la publicidad material del Registro (apartado III). Corresponde hablar ahora de los efectos de la inscripción respecto del hecho inscrito. Mas, por un fenómeno curioso, esta consideración del lado interno de los efectos de la inscripción desemboca otra vez en el lado externo en cuanto lleva a plantear

el problema de si el tercero puede o no invocar la veracidad de un hecho inscrito sólo por la circunstancia de estar inscrito (FE PÚBLICA del Registro).

En este punto se advierte cómo en el juego de esos dos principios de la seguridad del derecho y de la seguridad del tráfico (40), que integran el sistema de los organismos de publicidad, se sobrepone la exigencia de la seguridad del tráfico a la exigencia de la seguridad del derecho. En efecto, cuando la inscripción en el Registro evita que se ponga en duda la existencia de un acto o de un derecho, o refuerza su veracidad, el Registro protege por este modo la seguridad de los derechos en favor de los interesados mismos, participantes en el acto en cuestión. Pero cuando la inscripción no se limita a conceder estos efectos puramente robustecedores de la posición del interesado, sino que cambiando el ángulo de la protección, concede al tercero la facultad de reputar el hecho inscrito como verdadero, aun cuando no se corresponda con la realidad, entonces el Registro alcanza su más alta expresión como organismo de publicidad protector del tráfico, sacrificando la seguridad de los interesados en beneficio de la seguridad del comercio de buena fe. Sólo en este caso se dice que las inscripciones en el Registro gozan de fe pública.

2. *Clases de inscripciones desde este punto de vista.*—Al apreciar la significación de la inscripción respecto de la existencia o eficacia del hecho inscribible se puede establecer una gradación descendente, proporcionada a la intensidad de esa significación.

a) A veces sin inscripción no nacen ciertas relaciones jurídicas, o, mejor dicho, la inscripción se manifiesta como supuesto legal (*conditio sine qua non*) para los efectos jurídicos pretendidos (41). Este es el caso de las inscripciones llamadas *constitutivas*. Dentro de ellas caben tres posibilidades: Primera. Los efectos jurídicos no se producen en absoluto sin inscripción. Tal ocurre en Derecho alemán con las sociedades anónimas y comanditarias por acciones y las de responsabilidad limitada, las cuales no llegan a

(40) Véase, sobre este punto, los amplios desenvolvimientos contenidos en el trabajo de Ehrenberg, publicado en el tomo 47 de los *Anales*, de Ihering, página 274 y siguientes.

(41) V. Ehrenberg: *Handbuch des ges. Handelsrechts*, Leipzig, 1913, tomo primero, pág. 614 y siguientes.

tener existencia sin la inscripción en el Registro mercantil. En nuestro Derecho no se conocen esta clase de inscripciones. La inscripción de las Sociedades, que según las palabras de la Exposición de motivos parece tener tan decisivo carácter, tiene efectos constitutivos solamente en el aspecto externo, y entra, por tanto, en el supuesto tercero. (V. más abajo.) Segunda. Los efectos jurídicos pueden producirse sin inscripción, pero la falta de inscripción produce la imposibilidad de causar otras inscripciones. En este caso se encuentra la inscripción de la cualidad de comerciante. Se es comerciante, conforme al artículo 1.º, sin necesidad de inscripción, pero la inscripción del comerciante es condición *sine qua non* para pedir la inscripción de cualquier documento o para aprovecharse de los efectos legales del Registro (artículo 18 del Código de comercio). Tercera. Los efectos jurídicos se producen en lo interno, pero no en lo externo sin inscripción. Este es, según hemos dicho, el caso de las sociedades en Derecho español, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24, 25, 116, 118 y 119 del Código de comercio. Sin inscripción, la Sociedad existe entre las partes contratantes, pero la creación de personalidad jurídica en las relaciones con tercero sólo se consigue mediante la inscripción en el Registro mercantil.

b) Otras veces se dice que la inscripción tiene efectos *sanatorios*. Esto significa que el hecho inscrito, aun cuando le falte un presupuesto legal para la inscripción, es considerado como si este presupuesto legal concurriese efectivamente (42). El ejemplo típico de esta clase de inscripciones lo ofrece el artículo 5.º del Código de comercio alemán. Según este precepto, la inscripción de una firma en el Registro mercantil impide sostener frente a la persona que invoca la inscripción que la industria explotada bajo aquella firma no constituye una industria mercantil o que constituye una industria mercantil de las llamadas menores. La inscripción purifica o sana el defecto de que la industria explotada bajo esa firma no es una industria mercantil o no es una industria mercantil plena. No hay que confundir los efectos sanatorios del Registro con los efectos constitutivos, porque mientras la inscripción constitutiva es una inscripción querida por la Ley, y, por

(42) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 617.

tanto, normal, la inscripción sanatoria no es una inscripción deseada por la Ley; es, por así decirlo, patológica, porque le falta un presupuesto legal (43). La misma inscripción de una firma puede en un caso operar constitutivamente, en otro caso con efectos sanatorios y en un tercer caso, ni sanatoria ni constitutivamente. Así, un industrial cuya empresa no está incluida en el artículo 1.º, párrafo segundo del Código de comercio alemán (que menciona las industrias mercantiles fundamentales), no se convierte sin inscripción en comerciante, aunque explote un negocio comercial (artículo 2.º del Código de comercio alemán), teniendo, por tanto, la inscripción carácter constitutivo; y si su empresa no exige en absoluto la forma de la explotación mercantil (44), entonces la inscripción actúa de un modo sanatorio (artículo 5.º). Por el contrario, un industrial cuya empresa está incluida en el artículo 1.º se hace comerciante sin inscripción y comerciante pleno: la inscripción de la firma, por tanto, no tiene para él fuerza ni constitutiva ni sanatoria. Pero si la empresa consiste en un oficio manual o en una pequeña industria, la inscripción no tendrá para él ciertamente fuerza constitutiva en el sentido del artículo 2.º, porque sería comerciante aun sin ella, mas sí tendrá fuerza purificadora o sanatoria, porque la inscripción le concede la cualidad de comerciante pleno, a pesar del defecto de un presupuesto legal (artículo 5.º).

(43) V. Ehrenberg., ob. cit., pág. 619.

(44) Este es el supuesto del artículo 2.º del Código de comercio alemán, que dice así: «Una empresa industrial que por su género y ámbito exige una explotación organizada de manera mercantil se considera como industria mercantil en el sentido de este Código, aun cuando no concurren los supuestos del artículo 1.º, apartado 2.º, siempre que la firma del empresario haya sido inscrita en el Registro mercantil.» Conviene aclarar en este punto que, con arreglo al Derecho alemán, los comerciantes se dividen en tres clases: comerciante a virtud de la explotación de una industria (comerciante necesario, *Musskaufmann*), que es aquel que explota una industria mercantil de las enumeradas en el artículo 1.º; comerciante a virtud de la inscripción (*Sollkaufmann*), que es aquel que sin explotar ninguna industria del artículo 1.º, ejerce una industria que exige una explotación organizada de manera mercantil, siempre que su firma se inscriba en el Registro; y, finalmente, el comerciante potestativo (*Kannkaufleute*), que es explotador de empresas accesorias de la agricultura, siempre que concurren determinados requisitos legales (artículo 3.º del Código de comercio).

Ni en el Código de comercio, ni en nuestro Reglamento del Registro mercantil encontramos recogida esta figura de inscripción.

c) En todos los demás casos no comprendidos en ninguno de los dos supuestos anteriores puede decirse que la inscripción tiene solamente efectos *documentantes*, o simplemente *declaratorios*. A esta clase de inscripción pertenecen la inmensa mayoría de las inscripciones en nuestro Registro mercantil. Ahora bien; ¿en qué consisten los efectos jurídicos de una inscripción que no tiene fuerza constitutiva ni purificadora? ¿Cuál es el valor jurídico positivo de la inscripción puramente declaratoria respecto del hecho inscrito?

3. *Presunción derivada de la inscripción.*—Por todos los autores alemanes se reconoce que de la inscripción emana una presunción, pero se discute muchísimo sobre si esta presunción se refiere a la veracidad del hecho inscrito o sólo a la legalidad de la inscripción.

La mayoría de los autores estima que la calificación del registrador engendra sólo una presunción de legalidad en favor de la inscripción (Düringer-Hachenburg, Lehmann, Meyer, etc.). Bien se advierte que esta cuestión depende de la extensión que se señale al deber de calificación del registrador. Si el registrador se limita a calificar la declaración que presentan y no el hecho a que se refiere esta declaración, ciertamente que la presunción emanada de la inscripción alcanzará solamente a la legalidad de la inscripción misma y no a la veracidad del hecho inscrito. Es decir, en todo acuerdo de inscripción el registrador exteriorizará su convicción positiva de que concurren todos los supuestos formales y materiales de la inscripción y su convicción negativa de que no ha encontrado ningún motivo para dudar de los restantes supuestos materiales (por ejemplo, capacidad del solicitante). En este caso se limita el registrador a definir si la solicitud cumple las exigencias legales y si los hechos que se pretenden inscribir son susceptibles de inscripción. No necesita examinar la realidad material del hecho que se inscribe (principio de legalidad) (45).

Otros autores estiman, en cambio, que esta limitación de la

(45) V. Wieland, ob. cit., pág. 227.

calificación del registrador y, consiguientemente, de la presunción que de la inscripción derive, no se corresponde con la significación y finalidad del Registro mercantil. Staub defendió primeramente la tesis de que el registrador, cuando tiene conocimiento de la inexactitud de los hechos contenidos en la solicitud, está facultado y obligado para denegar la inscripción (46), porque sería contradictorio a la esencia de una documentación oficial el cubrir a sabiendas con su autoridad un hecho falso. Más tarde, la jurisprudencia alemana ha dado un paso más en este sentido, admitiendo que la inscripción engendra la presunción de que su contenido es de hecho veraz, o sea que el Registro se corresponde con la realidad.

De esta conclusión se muestra, sin embargo, alejada la mayor parte de los autores. Ehrenberg, cuya autoridad en esta materia es primordial, reconoce que la experiencia muestra que en la infinita mayoría de los casos se causan inscripciones exactas y legales. Por eso llega a admitir que la inscripción engendra una «apariencia jurídica», pero sólo con efectos más débiles engendra una presunción de existencia, o de inexistencia en la cancelación, de la relación jurídica declarada; y en tanto que no se afirme lo contrario—y quien lo afirme debe también probarlo—, o en tanto que el registrador no haya adquirido la certeza de lo contrario, esta apariencia jurídica debe ser considerada como verdadera (47). Ciertamente, esta presunción es una presunción de hecho, no una presunción legal. Quiere esto decir que no altera la carga normal de la prueba, sino que se limita a favorecerla mediante la aportación de un certificado del Registro, y corresponderá a la parte contraria el afirmar y demostrar en caso necesario que la inscripción es ilegal.

La doctrina española no se ha enfrentado todavía con este problema de la naturaleza de la presunción derivada de las inscripciones simplemente declarativas. En su planteamiento no habrá que olvidar que como normalmente la inscripción se produce en nuestro Registro mediante la presentación de copia notarial (artículo 23 del Código de comercio y 99 del Reglamento), el documento pre-

(46) V. Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Berlín y Leipzig, 1926, tomo primero, pág. 94.

(47) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 622.

sentado goza de la fuerza probatoria que le concede el artículo 1.218 del Código civil (hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste), y claro es que estos efectos no pueden en ningún caso ser disminuídos por el hecho de la inscripción en el Registro mercantil. Por este motivo, las inscripciones en nuestro Registro mercantil gozan en estos casos de una verdadera presunción legal de veracidad del hecho inscrito cuando ese hecho ha sido autenticado anteriormente por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley. En los demás casos, las inscripciones no engendrarán más que una presunción de legalidad de la inscripción misma y una apariencia jurídica de veracidad de su contenido, que puede, naturalmente, ser destruída mediante la prueba contraria.

4. *Falla de «fides publica»*.—Estas conclusiones dejan por anticipado resuelto el problema de la *fides publica*. Si la inscripción no llega a crear más que una débil apariencia de veracidad del hecho inscrito, bien se comprende que ningún tercero podrá afirmar que el hecho inscrito es exacto sólo por la circunstancia de estar inscrito. En todas las legislaciones falta el reconocimiento de que las inscripciones en el Registro mercantil gozan de fe pública. Sin embargo, entre los comerciantes está extendida la opinión contraria, y de ahí ese deseo de inscribir hechos, a veces extravagantes, con la ilusión de robustecerlos o de hacerlos inatacables. En el aspecto negativo de la publicidad, ciertamente el Registro mercantil goza de fe pública, puesto que nadie necesita conocer un hecho inscribible mientras no haya sido efectivamente inscrito. Pero en el aspecto positivo, esta opinión vulgar es totalmente equivocada, ya que ningún tercero de buena fe está obligado a considerar como exacto un hecho inexacto por la sola circunstancia de estar inscrito en el Registro mercantil (48).

Desde un punto de vista equitativo, esta ausencia de *fides publica* en el Registro mercantil es, sin duda, censurable, porque si la calificación del registrador sirve de garantía para que no se produzcan injustamente los efectos positivos de la publicidad del Registro, favorables a los interesados y perjudiciales para tercero, lógicamente la calificación debía servir también de fundamento

(48) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 644.

para conceder fe pública a las inscripciones, en el sentido de que todo tercero pudiera apoyarse en el Registro para considerar como verdadero el hecho inscrito. Y esto con mayor motivo si la calificación, como quiere Staub, debe extenderse al examen de la exactitud del hecho cuya inscripción se solicita.

Implica ciertamente una contradicción—que el vulgo no puede llegar a comprender—en el sistema legal del Registro mercantil este hecho de que se puedan oponer a los terceros las modificaciones jurídicas en cuanto se inscriben, pero no pueda el tercero confiarse en la veracidad de los hechos inscritos. El siguiente ejemplo, tomado de J. von Gierke (49), explica las consecuencias de la falta de *fides publica*. Una persona llamada F., mediante un poder falso se inscribe como factor del comerciante C.; F. toma un préstamo de P. en nombre de C.; P. concede el préstamo confiando en el Registro por creer que F. es efectivamente factor de C. Llegado el vencimiento del préstamo, P. reclama el capital de C. La falta de fe pública en la inscripción permite a C., en este caso, excusarse de responsabilidad, alegando con éxito que él no otorgó poder alguno a F., y que el Registro es inexacto.

Tiene, pues, razón Ehrenberg cuando afirma que el Registro mercantil está hecho para proteger al comerciante en primer término. Si estuviese establecido para servir en primera línea al interés del público, todo tercero de buena fe podría invocar también desde el punto de vista positivo los hechos inscritos, y de la misma manera que él no puede alegar ignorancia del hecho inscrito, tampoco podría el adversario invocar la inexactitud de la inscripción.

Pero en Alemania, gracias a la evolución del Derecho consuetudinario, el tráfico de buena fe no queda por completo desamparado (50). Le protegen dos normas jurídicas formadas consuetudinariamente: a) Según la primera, quien en forma mercantil emite una declaración destinada a la publicidad, y, especialmente, quien inscribe en el Registro mercantil una relación de responsabilidad o cualquier otro hecho, debe atenerse al contenido de lo declarado, y frente a tercero de buena fe queda ligado a esa declaración aun-

(49) J. von Gierke, ob. cit., pág. 49.

(50) *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*. Berlín-Leipzig, 1926, pág. 49.

que sea inexacta. Se parte de la idea de que la persona que hace una declaración de voluntad destinada a la generalidad del público debe soportar las consecuencias de sus propios errores e inexactitudes, en vez de descargarlos sobre tercero, el cual se atiene a la resultancia externa de la declaración, documentada oficialmente en un Registro público como es el mercantil. En Alemania, el punto de partida se ofrece en materia de sociedades al establecer la jurisprudencia que quien inscribe una sociedad colectiva o comanditaria en el Registro mercantil no puede invocar frente a los acreedores de la sociedad que el contrato de Sociedad es nulo o impugnabile por causa de error. Después, la nueva jurisprudencia ha generalizado este principio a todos los demás hechos necesitados de inscripción (51). Ejemplo (52): El comerciante C. otorga un poder general a José López, pero por un descuido inscribe en el Registro que ha otorgado poder a Jorge López. Este último, que está empleado como dependiente en el establecimiento de C., se aprovecha del error, del que casualmente se entera, y recibe un préstamo de X. en nombre de C. En tal caso, C. responde a X. por el importe de este préstamo, a no ser que demuestre que X. sabía que Jorge López no ostentaba poder alguno.

b) El segundo principio jurídico afirma que quien de modo culposo omite la cancelación de una inscripción inexacta responde frente a tercero de buena fe a tenor de la inscripción inexacta (53). Refiriéndonos al ejemplo citado más arriba en la letra a), tendremos, aplicando este segundo principio, que el comerciante C. resultaría perjudicado por la inscripción si adopta una actitud pasiva ante la inscripción de un poder que él no ha concedido.

En España, al silencio de la doctrina sobre este problema se corresponde la falta de declaraciones jurisprudenciales. Quizá pudieran señalarse las sentencias ya citadas, de 15 de Octubre de 1897 y 30 de Octubre de 1909, las cuales afirman la tesis de que la inscripción en el Registro no modifica en nada la naturaleza de la obligación o del crédito inscrito.

Pero en nuestro Código de comercio hay un precepto, el ar-

(51) Wieland, ob. cit., pág. 236.

(52) Tomado de J. v. Gierke, ob. cit., pág. 56.

(53) J. v. Gierke, ob. cit., pág. 50.

título 126, que pudiera cobijarse en el principio general de la fe pública. Según el párrafo quinto de este artículo, los que no perteneciendo a la Compañía incluyan su nombre en la razón social, quedarán sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la penal si a ella hubiere lugar. Significa esto que nuestro legislador, tomando en consideración el interés de tercero de buena fe, sobrepone la apariencia a la realidad jurídica, considerando como socio al que permite que se incluya su nombre en la razón social de una Sociedad colectiva. Ciertamente que puede enfocarse esta disposición de nuestro Código desde el punto de vista penal, considerándola como una sanción del dolo o de la culpa de ese falso socio, pero quizá sea más acertado contemplarlo como un ejemplo genuino en la legislación española de la fe pública del Registro mercantil, ya que siendo requisito esencial la inscripción de la escritura social en el Registro, la razón social se reviste de todos los efectos de la publicidad material del Registro.

V.

LA REFORMA DEL DERECHO VIGENTE.

1. *El Registro mercantil en el proyecto de reforma del Código de comercio.*—La Exposición de motivos de este Proyecto de reforma anuncia «grandes novedades en el Registro mercantil». Estas palabras hacían esperar que los reformadores del Código iban a poner mano en el Reglamento vigente, para acomodarlo a la naturaleza del Registro mercantil, o quizá para derogarlo. Pero la materia del Reglamento se ha dejado intacta, limitándose la reforma a tomar de él los preceptos de carácter sustantivo para llevarlos al cuerpo del Código de comercio. De este modo se consagran nuevamente los desaciertos de nuestro Reglamento, y, por si fuera poco, se reincide en el mismo error fundamental cuando el Proyecto de reforma copia, en su artículo 51, el párrafo segundo de la definición de tercero contenida en el artículo 27 de la ley Hipotecaria. Por su parte, el artículo 48, copiando el 24 de la ley Hipotecaria, dispone que no se podrá ejercitar acción alguna contra el contenido del *derecho inscrito* sin que a la vez se entable el procedi-

miento adecuado para obtener su nulidad. Sirva de crítica a este precepto cuanto hemos dicho en el presente trabajo respecto del objeto de la inscripción en el Registro mercantil y de la inadaptación de los preceptos hipotecarios, dictados para la inscripción de derechos reales.

Las novedades que anuncia la exposición de motivos del proyecto de reforma en materia del Registro mercantil, son las siguientes:

a) La inscripción se hace obligatoria (artículo 33) tanto para los comerciantes individuales como para los colectivos, exceptuándose sólo los buhoneros o comerciantes ambulantes sin establecimiento fijo. El plazo para la inscripción es el de treinta días, incurriendo en multa el que omite el incumplimiento de esta obligación (artículo 37).

b) El ejercicio de los derechos y acciones, petición a las autoridades y contratación por medio de fedatario público se condicionan a la previa inscripción en el Registro mercantil, concediendo así a ésta carácter constitutivo relativo (artículo 36).

c) Se aumenta la lista de actos inscribibles elevando a 17 los 12 números del artículo 21 del Código de comercio (artículo 40 del Proyecto); y se separan los actos inscribibles relativos a los comerciantes individuales de los relativos a las sociedades, ahora confundidos en el artículo 21 del Código de comercio.

d) Se inscribe el facsímil de la razón social y la firma autógrafa del comerciante individual y de los apoderados sociales (artículo 45, número 1.º).

e) Se establece una presunción de exactitud de los asientos del Registro (artículo 48). Esto significa la consagración legislativa de la opinión dominante en la doctrina extranjera respecto de la presunción derivada de las inscripciones en el Registro mercantil, pero no se llega a dotar a éstas de fe pública, puesto que la presunción establecida, al seguir la norma general del artículo 1.251 del Código civil, admite prueba en contrario.

f) Se crea un órgano oficial del Registro mercantil, que realiza la publicidad efectiva de los asientos del Registro (artículo 56), pero sin puntualizar—como antes se ha dicho—si los efectos de la publicidad material se reducen al solo hecho de la inscripción ó al de la publicación del asiento en el Boletín del Registro.

2. *Bases para la reorganización del Registro.*—Parece innecesario decir al final de este trabajo que la reforma del Registro mercantil español, según nuestro punto de vista, debe orientarse en el sentido que se deduce de la crítica hecha al ordenamiento vigente. El Proyecto de reforma contiene aciertos que deben conservarse en el ordenamiento futuro, pero junto a ellos incide en errores fundamentales, derivados todos ellos de esa inexplicable atracción que ejerce sobre nuestros legisladores el Registro inmobiliario cuando se trata de organizar otros Registros en esfera extraña a la propiedad y derechos reales. El Proyecto de reforma debe apartar la vista del Reglamento vigente y de la ley Hipotecaria para inspirarse en los sistemas del Registro mercantil vigentes en el extranjero más acreditados, como son el alemán y el suizo. En ellos se inspiran principalmente las bases que, como resumen del presente trabajo, y sin la pretensión de ofrecer un sistema completo, se enuncian a continuación:

A) Completa separación entre el Registro mercantil y el Registro de buques, reservando para éste los preceptos del ordenamiento hipotecario que sean aplicables.

B) Supresión de toda reminiscencia de carácter hipotecario, tanto en el fondo como en la técnica. Supresión, por consecuencia, de todo lo referente al libro de presentación de documentos, anotaciones preventivas, notas marginales, conceptos de faltas subsanables e insubsanables, etc.

C) Reorganización del Registro mercantil con conceptos propios, adecuados a la índole de esta institución. Puede distinguirse entre:

a) Preceptos que se refieren al organismo del Registro y a su funcionamiento. En este punto deben señalarse los siguientes extremos importantes:

1.º Libros del Registro mercantil distintos de los que preceptúa el Reglamento vigente inspirándose en el Registro de la propiedad. El modelo alemán o el suizo responden completamente a las exigencias del Registro mercantil.

El Registro alemán se divide en dos secciones. En la primera se inscriben las firmas de los comerciantes individuales, las sociedades colectivas y las sociedades en comandita. En la segunda se inscriben las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por

acciones, las sociedades de responsabilidad limitada, las personas jurídicas mencionadas en los artículos 33 y 36 del Código de comercio alemán y las sociedades mutuas de seguros. Una hoja de inscripción, correspondiente a la primera de las secciones indicadas, contiene las menciones siguientes: En el casillero horizontal hay ocho divisiones. La primera contiene el número de la inscripción; la segunda, la firma, el lugar del establecimiento o el domicilio de la sociedad; la tercera, la designación del comerciante individual (nombre civil) o de los socios personalmente responsables; la cuarta, los apoderamientos generales; la quinta, las relaciones jurídicas de los comerciantes individuales; la sexta, las relaciones jurídicas de las sociedades que se inscriben en esta sección; la séptima, el número del negocio, día de la inscripción y la firma, y la octava, las observaciones.

Una hoja de inscripción, correspondiente a la segunda de las secciones, contiene, en el casillero horizontal, diez divisiones. En la primera, el número de la inscripción; en la segunda, el domicilio; la tercera, el objeto de la empresa; la cuarta, el fondo capital; la quinta, el Consejo de administración, los socios personalmente responsables, los gestores y los liquidadores; en la sexta, los apoderamientos generales; en la séptima, el contrato de sociedad o los estatutos y la autorización para la representación; en la octava, la disolución, concurso, continuación, nulidad y la cancelación de la firma; en la novena, el número del negocio, el día de la inscripción y la firma, y en la décima, las observaciones (54).

En Suiza, la organización del Registro se regula por el «Reglamento del Registro y la hoja oficial del comercio» de 6 de Mayo de 1890. Según el artículo 12, el Registro de comercio está dividido en tres partes: el Registro principal, el Registro especial y el Registro de poderes no comerciales. El primero de ellos, que es el que a nosotros nos interesa, contiene las inscripciones que se refieren a las razones de comercio individuales, la constitución de apoderamientos generales de casas de comercio, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades cooperativas, las aso-

(54) V. R. M. Samter, *Das Handelsregister und seine Rechtsverhältnisse*, Berlín, Julius Springer, 1913, págs. 6, 7, 8 y 9.

ciaciones y, eventualmente, al régimen matrimonial. El Registro principal se divide en dos libros: el diario y el libro analítico. Este último dotado de un repertorio alfabético de las razones comerciales inscritas y de todas las personas incluidas en el libro analítico, con las indicaciones del nombre familiar y de pila, del lugar de origen y del domicilio, así como de la razón comercial de la casa a la cual esa persona pertenece y de la cualidad con que está inscrita (artículo 16). Las inscripciones en el libro diario se hacen siguiendo el orden cronológico (artículo 17). El libro analítico se lleva en forma de cuadro (como en el Registro alemán). Cada razón comercial recibe un folio, al cual el Registrador lleva todas las inscripciones referentes a esta razón de comercio, siguiendo las indicaciones del libro diario. Cuando las inscripciones del libro analítico han de ser tachadas por consecuencia de modificación o de cancelación, se emplea a este efecto tinta roja. Cuando una razón de comercio deja de existir, la inscripción se tacha diagonalmente y se cierra de una manera visible por medio de un trazo horizontal. Además, aparte del número de orden y de la fecha de la inscripción en el libro diario, el registrador menciona sucintamente el motivo de la tachadura (renuncia, disolución, ausencia, quiebra, etc.) e indica, en su caso, a qué establecimiento pasó el activo y el pasivo. En caso de tachadura después del fin de la liquidación, es suficiente con indicar: «Extinguida» (artículo 20).

La inscripción de las sucursales está sometida a las mismas prescripciones que la inscripción del establecimiento principal. Sin embargo, las sucursales no pueden ser inscritas en el Registro de comercio hasta que el establecimiento principal haya sido inscrito, circunstancia que el solicitante debe probar aportando un extracto del Registro del lugar en que se encuentra el establecimiento principal (artículo 22). Las sucursales deben ser inscritas de oficio en el Registro del lugar en que se encuentra el establecimiento principal (artículo 23).

2.º Funcionarios especialmente competentes en materia mercantil. Los registradores de la Propiedad, actualmente encargados del Registro mercantil en España, no reúnen todas las condiciones deseables a este efecto y tienen, además, el inconveniente de estar especialmente preparados en materia hipotecaria.

3.º Publicidad efectiva de las inscripciones causadas en el Re-

gistro, mediante la publicación oficial de los asientos en un periódico, tal como previene el artículo 862 del Código de las Obligaciones suizo, el artículo 10 del Código de comercio alemán y el artículo 56 del Proyecto de reforma español.

b) Preceptos que se refieren al contenido del Registro y a los efectos de la inscripción. Conviene señalar :

1.º La inscripción debe declararse obligatoria para los comerciantes individuales y sociales, otorgando al Registro fuerza constitutiva del estado del comerciante. En este punto hay que reconocer la dificultad que implica el sistema español, derivada de la circunstancia de que en el Derecho español no hay una lista de actos cuyo ejercicio profesional atribuya la cualidad de comerciante. La dificultad puede resolverse o bien encomendando a la calificación del registrador el decidir si una persona es o no comerciante de hecho, es decir, si las operaciones que realiza pertenecen a la clase de las mercantiles, o bien siguiendo el sistema suizo, que consiste en enumerar las empresas cuya explotación obliga, a tenor del artículo 865 del Código de las Obligaciones, a la inscripción en el Registro de comercio (55).

2.º Debe concederse mayor importancia a la inscripción de las firmas mercantiles, haciendo del nombre comercial el centro del Registro mercantil. A este efecto, conviene conservar a la disposición del Proyecto de reforma español, que manda consignar en el Registro el facsímil de la razón social y la firma autógrafa del comerciante individual y de los apoderados sociales.

3.º Debe suprimirse la necesidad de aportar escrituras públicas para causar la correspondiente inscripción en el Registro mercantil. Es suficiente la declaración ante el registrador, a la manera como se hace en el Registro alemán y en el suizo. El artículo 7.º del Reglamento suizo, antes citado, dispone que las inscripciones se realicen sobre la declaración hecha verbalmente ante el registrador o a virtud de una declaración inscrita legalizada por la autoridad de las personas que tienen derecho o que están obligadas a realizar la inscripción.

Quizá las observaciones y las sugerencias contenidas en el pre-

(55) Véase, a este propósito, la *Verordnung über die Einschränkung öffentlicher Bekanntmachungen*, de 14 de Febrero de 1924.

sente trabajo puedan servir alguna vez de estímulo útil para la reforma de nuestro Registro mercantil. Esta fué mi aspiración única al redactarlo.

JOAQUÍN GARRIGUES,

Catedrático de Derecho mercantil en la
Universidad Central.

NOTA. Por una inadvertencia en la corrección de las pruebas de la primera parte de este trabajo, publicada en el número anterior, no fué suprimido el epígrafe *Hechos y relaciones jurídicas*, que aparece después de la letra b) en la página 662. Este epígrafe corresponde a la letra b), como correctamente aparece en la página 663.