

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VI

Septiembre de 1930

Núm. 69

El Registro mercantil en Derecho
español

POR

D. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate

Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad Central.

- I. IDEAS GENERALES.—1. Antecedentes y evolución legislativa del Registro mercantil.—2. Objeto de la inscripción en el Registro mercantil.—a) Personas.—b) Hechos y relaciones jurídicas.—
- II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA.—1. Punto de partida equivocado del Reglamento vigente: equiparación entre el Registro mercantil y el Registro de la propiedad.—2. Calificación del registrador.—III. LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO.—1. Formulación del principio.—2. Aspecto negativo de la publicidad.—3. Aspecto positivo.—4. Ambito objetivo de la publicidad positiva.—5. El concepto de tercero.—IV. SIGNIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL HECHO INSCRIPTO. EL PROBLEMA DE LA «FIDES PUBLICA».—1. Los efectos de la inscripción en cuanto al hecho en sí mismo.—2. Clases de inscripciones desde este punto de vista.—3. Presunción derivada de la inscripción.—4. Falta de fides publica.—V. LA REFORMA DEL DERECHO VIGENTE.—1. El Registro mercantil en el Proyecto de reforma del Código de comercio.—2. Bases para la reorganización del Registro.

I

IDEAS GENERALES.

1. *Antecedentes y evolución legislativa del Registro mercantil.*—En su concepto más amplio, el Registro mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro.

Más que en los medios rudimentarios de publicidad mercantil, ya conocidos en la antigüedad romana (anuncios en el local de la tienda o en los lugares de reunión, *literac oblatoriaec*), el origen remoto del Registro mercantil ha de buscarse en la matrícula de los gremios y de las corporaciones de la Edad Media. Primeramente, la inscripción se hace con fines internos. Más tarde se orienta hacia el exterior, para conocimiento de terceros. En este momento preciso puede señalarse el punto de partida de las formas de publicidad mercantil actuales.

El sector donde primero se manifiesta el interés de los terceros en conocer ciertos datos relativos al comerciante y a su comercio es el uso del nombre comercial y de las razones sociales. La posibilidad de que el comerciante utilice en su negocio un nombre comercial distinto de su nombre civil y la insuficiencia informativa de las razones sociales respecto de las personas que integran la sociedad, eran causas de inseguridad para tercero contratante. De aquí la conveniencia de un Registro que diese noticia fehaciente de quién es la persona oculta tras el nombre comercial y cuáles son las personas que integran la sociedad con la que se contrata.

Ligado así en su origen el Registro mercantil con el uso de firmas de comercio (individuales y sociales), no es extraño que esta institución de publicidad se desarrolle parcialmente en los países latinos, los cuales se mantienen aferrados al principio de la veracidad de la firma (coincidencia del nombre comercial con el nombre civil). En ellos, la necesidad de un instrumento de publicidad se manifiesta sólo en materia de sociedades, y por eso los Registros de sociedades son los de más remoto abolengo. En cambio,

en los países germánicos, donde desde muy antiguo se admite el uso de firmas artificiales, distintas del nombre civil del comerciante, el Registro mercantil abarca desde sus orígenes la inscripción de los comerciantes, tanto individuales como sociales, juntamente con la de ciertos apoderamientos otorgados por el comerciante a sus dependientes.

En la evolución histórica del Registro mercantil se señala, además, una doble dirección que arranca del punto de origen común de las matrículas de mercaderes. Una de las líneas de este ángulo marcha en sentido horizontal, extendiendo el ámbito del Registro mercantil a ciertos documentos importantes en el tráfico: el Registro mercantil ya no es sólo una lista de los comerciantes de la localidad, sino que alcanza a esos documentos relevantes. La otra línea, moviéndose en sentido vertical, ahonda en las consecuencias jurídicas de la inscripción misma o, dicho de otro modo, eleva la consideración jurídica de la inscripción. El Registro mercantil ya no es sólo un casillero administrativo con efectos puramente informativos: es un órgano jurídico de publicidad material, cuyos asientos pueden oponerse a toda persona como si efectivamente los conociese.

Esta doble dirección en el desarrollo histórico del Registro mercantil se percibe claramente en la legislación española, comparando las Ordenanzas de Bilbao con el Código de comercio de 1829 y el de 1885. Mientras que, según las Ordenanzas de Bilbao, sólo se inscriben los contratos de sociedad (1), es decir, los comerciantes sociales, en el Código de comercio de 1829, junto a la matrícula de comerciantes aparece ya un Registro de documentos (cartas dotales, capitulaciones matrimoniales, poderes otorgados por los comerciantes a sus factores y dependientes). Se opera, pues, en el Código de 1829 una extensión horizontal de la materia inscribible.

El Código de comercio de 1885 continúa este movimiento expansivo del ámbito del Registro, aumentando la lista de hechos y relaciones jurídicas necesitados de inscripción; pero, además—y esto es lo más importante—, profundiza la significación jurídica de la inscripción, formulando expresamente los efectos de la publicidad material del Registro: los documentos inscritos perjudican a

(1) Capítulo X.

tercero desde la fecha de su inscripción (artículo 26 del Código de comercio). Cuando la exposición de motivos dice respecto al carácter de la institución del Registro, que el proyecto *lo eleva* a la categoría de institución esencialmente jurídica; podemos ver en esta frase una confirmación literal de esa segunda dirección que señalamos en la progresión legislativa del Registro mercantil.

Pero no se crea que todas las legislaciones alcanzan este nivel en la consideración jurídica del Registro.

En Francia, el Registro mercantil, después de la ley de 18 de Marzo de 1919, sigue siendo un casillero mercantil, repertorio administrativo destinado no a publicar legalmente los actos relativos al comercio, sino a centralizar los datos relativos del negocio del comerciante y a facilitar de hecho esta investigación (2).

En Italia, Bolaffio (3) señala como uno de los fines específicos de la reforma del Código de comercio el de introducir en la legislación italiana el Registro mercantil *con efectos jurídicos*, y no simplemente, como ahora, administrativos y fiscales (4).

En contraste con este avance de la legislación española relativamente a sus hermanas latinas, la doctrina mercantilista de nuestra patria muestra un extraño desvío por el tema del Registro mercantil. Sin caer en la cuenta de que nuestra legislación plantea problemas semejantes en este punto a los que ofrece la legislación alemana, nuestros autores han desterrado su estudio del marco del Derecho mercantil. Es inútil buscar en nuestros libros los conceptos de la publicidad formal y material (negativa y positiva) del Registro, o el de la calificación del registrador, o el de las diferentes clases de inscripción, o el de la fe pública del Registro. A este vacío en la doctrina corresponde una radical desorientación en la reglamentación legal y administrativa del Registro, de la que es muestra lamentable el Reglamento de 20 de Septiembre de 1919.

No parece por eso inútil, ahora que se quiere realizar la re-

(2) V. THALLER: *Traité élémentaire de Droit commercial* (1922), p. 169.

(3) *Progetto preliminare per il nuovo Codice di commercio*, Milano, 1922, página 209.

(4) El artículo 26 del proyecto de 1925 satisface esta aspiración, al consagrarse el principio de la publicidad positiva y negativa del Registro.

forma del Código de comercio, quizás con paso más moderado que el inicial, esta tarea de reponer a su marco propio una institución mercantil casi olvidada de la doctrina, desquiciada en su reglamentación positiva y desconocida o poco menos por los comerciantes, quienes todavía no saben a punto fijo para qué sirve el Registro mercantil en España.

2. *Objeto de la inscripción en el Registro mercantil.*—El Registro mercantil es—ya lo hemos dicho—un instrumento de publicidad para la vida mercantil. Objeto de esta publicidad son las personas de los comerciantes y los hechos (actos jurídicos o no jurídicos) que tiene significación jurídica y trascendencia para el comercio.

a) *Personas: Las personas como objeto de la inscripción.*—En este aspecto, el Registro mercantil puede tener una doble función.

a') Puede servir para distinguir los comerciantes de los no comerciantes. Esta fué la función originaria del Registro mercantil cuando en la calificación del comerciante imperaba un criterio formalista puro, que es el que todavía perdura en el Código español de 1829 (5). Ninguna legislación positiva sigue ya este criterio formalista puro, ni en aquellos sistemas generalmente calificados de sistemas subjetivos, como el del Código alemán vigente. Ciento que, como luego veremos, la fuerza de publicidad del Registro es tan grande en Derecho alemán, que el que inscribe una firma en el Registro mercantil es considerado como comerciante y no puede hacer valer frente a tercero que la industria explotada bajo esa firma no constituye una industria mercantil (artículo 5.^º del Código de comercio alemán). Pero para ser comerciante basta con ejercer una de las industrias mercantiles enumeradas en el artículo 1.^º (criterio realista para la calificación del comerciante). Nótese que esta conclusión indiscutible nada tiene que ver con que la inscripción se declare obligatoria o no. La prueba es que el Proyecto de reforma español ha declarado obligatoria la inscripción del comerciante individual, y, no obstante, se es comerciante antes de la inscripción y sin inscripción por el hecho de

(5) Artículo 1.^º del Código de 1829: «Se reputan en Derecho comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes», etc.

realizar profesionalmente actos de comercio (artículo 1.^o del Proyecto de reforma del Código de comercio español).

El Código de comercio de 1885 ha seguido en este punto un criterio realista para la calificación de los comerciantes individuales (artículo 1.^o), y mixto para la de los comerciantes sociales, que se definen atendiendo tanto al elemento real (naturaleza de las operaciones de la sociedad) como al elemento formal (escritura de inscripción en el Registro) (artículos 1.^o, 116, 119, 123).

b') *Hechos y relaciones jurídicas.*—Puede servir también el Registro mercantil para completar con efectos de publicidad la transmisión del nombre comercial. Hemos visto que los orígenes del Registro mercantil moderno están ligados al uso de firmas comerciales distintas del nombre civil del comerciante. El Registro mercantil hace posible la conciliación del interés público, que exige la veracidad del nombre comercial (coincidencia de la firma y del nombre civil), y el interés privado del comerciante, que reclama la posibilidad de usar en el comercio el nombre del predecesor en el negocio para poder así conservar el crédito y la clientela, que van normalmente unidos al nombre del comerciante.

En Francia la finalidad principal de la introducción del Registro mercantil fué permitir al adquirente de una casa comercial la conservación del nombre del predecesor sin adiciones que advirtiesen el cambio de persona. Por eso en la legislación francesa la declaración para la inscripción del comerciante en el Registro debe contener el nombre de familia (apellido) y el de pila del comerciante, en concepto de nombre civil, y el nombre bajo el cual ejerce el comercio, o sea el nombre comercial (números 1.^o y 2.^o del artículo 4.^o de la ley de 28 de Marzo de 1929).

En el Registro mercantil alemán se inscribe *la firma* del comerciante, sea la firma originaria, dominada por el principio de la veracidad del nombre, sea la firma derivada, que permite el artículo 22 del Código de comercio.

El Código de comercio español, fiel a la tradición latina contraria a la admisión del nombre comercial artificial (derivado), no se ocupa del nombre comercial ni lo menciona como uno de los particulares de la inscripción del comerciante individual (artículo 21 del Código de comercio). El nombre comercial ha vivido fuera del Código de comercio y del Registro mercantil hasta el

Reglamento de 1919, cuyo artículo 98, número 9.^o, modifica el artículo 21, número 12, del Código de comercio al incluir el nombre comercial entre los datos que se inscriben en la hoja abierta a cada comerciante particular.

Pero ni aun después de este Reglamento de 1919, el verdadero nombre comercial ha tenido acceso legal al Registro mercantil, porque el nombre comercial de que hablaba la ley de Propiedad industrial de 1902, primera fuente legislativa que reglamentó esta institución, no tenía de nombre comercial más que el nombre, pues era más bien la denominación del establecimiento (6). Esta confusión ha desaparecido en el Real decreto-ley de 26 de Julio de 1929 (artículo 209), y en el Proyecto de reforma del Código de comercio (artículo 22).

Hoy, el nombre comercial puede ser objeto de registros distintos (Registro de la propiedad industrial y Registro mercantil), pero mientras esta inscripción es sustantiva en el Registro de la propiedad industrial, tiene carácter accesorio en el Registro mercantil, como una de las varias menciones que constan en la hoja abierta al comerciante. En el Registro mercantil, en efecto, el folio se abre bajo el nombre civil del comerciante, que es el que consta en la solicitud de inscripción (artículo 93 del Reglamento). Como inscripción secundaria se inscribe luego en esta hoja el nombre comercial (número 9.^o del artículo 98 del Reglamento). Por esta razón, nuestro Registro mercantil sólo de modo muy imperfecto sirve para proteger a tercero interesado en conocer la persona que se oculta tras un nombre comercial que puede haber sido transmitido por otra persona (nombre comercial derivado que permite el artículo 213 del Real decreto de 26 de Julio de 1929).

b) *Los hechos y las relaciones jurídicas de interés para el comercio como objeto de la inscripción.*

No todos los hechos de la vida profesional del comerciante se llevan a la publicidad (7). Hay sectores completamente cerrados a la publicidad. Así, todo lo que se refiere a las relaciones de negocios y posibilidades de venta del comerciante. La ley alemana

(6) Según el artículo 33 de esta ley, se entendía por nombre comercial el nombre, razón social o denominación bajo la cual se da a conocer al público un establecimiento agrícola, fabril o mercantil.

(7) V. MÜLLER-ERZBACH: *Deutsches Handelsrecht* (Tübingen, 1928), p. 66.

sobre la competencia ilícita protege este interés del comerciante en la conservación de sus secretos del negocio (artículos 17 y 18).

Otros sectores tampoco se entregan a la publicidad sin motivos concretos suficientes, aun cuando su conocimiento afecte al interés general de los que se relacionan con el comerciante. Tal ocurre con la situación financiera del negocio: El legislador protege el secreto de la contabilidad mercantil (artículo 45 del Código de comercio), y sólo excepcionalmente impone la exhibición y comunicación de los libros del comerciante (artículos 46 y 47 del Código de comercio) o la publicación del balance de las sociedades basadas en el principio de la limitación de responsabilidad (artículo 157 del Código de comercio).

Hay, finalmente, sectores en los que la publicidad es exigida por un interés de tercero, interés no difuso, sino concreto. A esta clase pertenecen las relaciones jurídicas de representación y, en general, los hechos jurídicos decisivos para la responsabilidad del comerciante.

La finalidad inmediata de esta publicidad es, pues, la de dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. Por eso se inscriben los hechos de significación para la responsabilidad. Así, el nombre y la razón social (número 1.º del artículo 21 del Código de comercio), porque la responsabilidad va unida al nombre; los apoderamientos (número 6.º, artículo 21), porque el representado responde de los actos del representante; el aumento y la disminución del capital social (artículo 25), porque el capital social es el objeto de la responsabilidad de la sociedad frente a los acreedores, bien exclusivamente—sociedades anónimas—, bien en concurrencia con el capital de los socios—sociedad colectiva—. El artículo 220 del Código de comercio confirma claramente esta tesis cuando dice que subsistirá la responsabilidad del socio excluido mientras en el Registro mercantil no se haga el asiento de la rescisión parcial del contrato de sociedad.

La finalidad mediata del Registro puede ser la protección del comerciante o la del tercero. Originariamente, cuando el Registro mercantil empezó a tener una significación jurídica privada, el fin de la publicidad consistía en proteger al comerciante contra el riesgo de responsabilidad. Para evitar seguir respondiendo como

socio de los actos sociales, y como poderdante de los contratos concluidos por el apoderado, el comerciante inscribía en el Registro el hecho de su separación de la sociedad y el hecho de revocación del poder que tenía conferido. La inscripción de estos hechos determinaba la posibilidad de ser opuestos a terceros, realizándose así el aspecto positivo de la publicidad del Registro. Sólo de un modo secundario se admitían paralelamente los efectos de la llamada publicidad negativa, en el sentido de que la extinción o las modificaciones de los hechos y relaciones jurídicas inscritos no podían perjudicar a tercero mientras esta extinción o modificación no fuese, a su vez, objeto de inscripción. Este punto de vista protector del comerciante y desfavorable para el tercero se reproduce todavía en los Motivos del Código alemán de 1861: la inscripción tiene por objeto conceder a los terceros la posibilidad de evitar la objeción de terceros de que no pudieron tener conocimiento del hecho necesitado de publicidad (8). La Exposición de Motivos del Código de comercio español de 1885 adopta el punto de vista opuesto, señalando como finalidad del Registro la protección de los terceros. «El Registro es «un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia» (9).

Reconocidos en el Derecho moderno los dos aspectos, positivo y negativo, de la publicidad material del Registro, resulta ociosa la cuestión de si el Registro mercantil favorece al comerciante o al tercero. En realidad, la inscripción favorece al comerciante y perjudica al tercero (efectos positivos), y la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante (efectos negativos). Se trata de dos facetas de un mismo principio de publicidad. Lo que ocurre es que las consecuencias prácticas de este mismo principio son más favorables al comerciante que al público en general. Pero de este punto trataremos después.

¿Cuáles son los hechos y las relaciones jurídicas inscribibles?

(8) V. EHRENBURG: *Handbuch des gesamten Handelsrechts*. Leipzig, 1913, tomo I, p. 533.

(9) Nótense cómo, de pasada, en estas frases la Exposición de Motivos indica cuál es el objeto de la inscripción: actos y operaciones mercantiles de trascendencia.

Para el Código de comercio español, la materia inscribible no son los hechos, sino los documentos. Es una reminiscencia del Código de 1829, que dividía el Registro en matrícula de comerciantes y registro de documentos. Pero los documentos se inscriben como medios de expresión, manifestación o comprobación de hechos (constitución de una sociedad, conferimiento de un poder, revocación de ese poder, modificación de los Estatutos de una sociedad, rescisión parcial del contrato de sociedad, disolución de sociedades, concesión de licencia para comerciar, etc., etc.). Sin embargo, tiene mucha significación para la mecánica del Registro la circunstancia de que normalmente se inscriben documentos en vez de inscribirse el hecho aislado, a través de la declaración contenida en la solicitud de inscripción. Cuando el Registro mercantil se limita a recibir declaraciones relativas a hechos acaecidos fuera del Registro, el Registro no puede autenticar la veracidad de esos hechos. No da fe entonces el Registro sobre el hecho de haberse firmado un poder o de haberse constituido una sociedad, sino sobre el hecho de haberse presentado una declaración en la que se manifiesta al registrador que se ha otorgado un poder o se ha constituido una sociedad y se solicita la inscripción de estos hechos. Pero el artículo 99 del Reglamento del Registro mercantil exige la presentación para la inscripción de las correspondientes escrituras públicas relativas a estos hechos. De este modo se extiende la calificación del registrador, no ya al contenido de la solicitud de inscripción, sino al documento mismo relativo al hecho inscribible. De este punto trataré también más adelante, al hablar de la calificación.

La hoja abierta a cada comerciante contiene dos grupos de inscripciones claramente separados en los artículos 93 y 98 del Reglamento del Registro: 1.º, la inscripción de la persona y de las circunstancias de su comercio (clase de comercio, título del establecimiento, domicilio del establecimiento y de sus sucursales, fecha en que hayan comenzado o vayan a comenzar las operaciones); 2.º, los hechos posteriores relativos al tráfico de ese comerciante (poderes, autorización marital, habilitación legal y judicial de la mujer para administrar en los casos de separación de bienes, transferencia a la mujer de la administración de su dote, revocación de la licencia para comerciar, capitulaciones matrimoniales, las emi-

siones de acciones y obligaciones, los títulos de propiedad industrial). ¿Ha de tomarse esta enumeración de un modo limitativo? En la práctica se inscriben otra porción de hechos diversos relativos al comerciante individual. Así lo ha demostrado nuestra personal investigación en los libros del Registro mercantil de la provincia de Madrid. Pero el Tribunal Supremo, como luego veremos, niega los efectos positivos de la publicidad a estas inscripciones extra- legales.

En los libros de este Registro se encuentran inscripciones de préstamos simples y de préstamos comodatos (10); de préstamos con constitución de prenda sobre el establecimiento (11); de las sucesivas entregas de los plazos de un préstamo (12); de los cambios de domicilio (13); de la cesión o traspaso del establecimiento (14); del cambio de nombre (15); de la cesación de la industria (16); del fallo recaído en un interdicto de retener (17); de la declaración de herederos (18); de las operaciones participacionales (19); de la sucesión en el negocio mercantil (20); de la venta del establecimiento con pacto de retro (21); del ejercicio de este derecho de retraer (22); de la modificación de apellidos (23); del arriendo del establecimiento mercantil (24); de la promesa de venta del establecimiento (25); de la cancelación de un préstamo (26); del re-

(10) Libro V, folios 5 y 6; libro XIII, folio 5.

(11) Libro II, folio 6; libro X, folio 91 vuelto.

(12) Libro XIII, folio 74.

(13) Libro XIII, folio 17 vuelto.

(14) Libro IV, folio 78; libro V, folio 26; libro VII, folios 30 vuelto, 54 y 64; libro VIII, folios 8 y siguientes; libro X, folio 99 vuelto; libro XII, folio 42; libro XIII, folio 87.

(15) Libro IX, folio 25; libro XIII, folio 93.

(16) Libro IX, folios 23 y 25 vuelto; libro XII, folio 28.

(17) Libro II, folio 74 vuelto.

(18) Libro II, folio 81.

(19) Libro II, folio 81; libro XII, folio 22 vuelto.

(20) Libro III, folio 53.

(21) Libro IV, folio 84.

(22) Libro IV, folio 85.

(23) Libro VII, folio 16; libro XII, folio 80 vuelto.

(24) Libro V, folio 8; libro XI, folio 56 (arrendamiento y venta) y folio 75.

(25) Libro IX, folios 33 y 65.

(26) Libro II, folio 7 vuelto; libro IX, folio 95 vuelto.

conocimiento de deuda (27); de la concesión de una cuenta de crédito (28).

La desorientación de los registradores en materia del Registro mercantil se ve clara en los siguientes ejemplos de inscripción: Se inscribe la constitución de una asociación de cuentas en participación, a pesar de que esta figura contractual está excluida del Registro (artículo 240 del Código de comercio) (29). Se inscribe como comerciante al apoderado de una casa extranjera, olvidando que no se trata de un comerciante, sino de un auxiliar del comerciante (30), y que, por tanto, se debía haber exigido la inscripción del comerciante (poderdante) para luego inscribir en la hoja abierta a este comerciante el poder general concedido al solicitante de la inscripción (V. el número 6.^o del artículo 21 del Código de comercio y número 1.^o del artículo 98 del Reglamento). Se inscribe como comerciante a una señora fallecida (!), bajo la afirmación del solicitante de que dicha señora tenía la libre disposición de sus bienes, no estaba sujeta a la patria potestad ni comprendida en ninguna de las incapacidades que marcan los artículos 13 y 14 del Código de comercio (31); la inscripción se solicita para que pueda tener lugar después la inscripción de la adjudicación del establecimiento a favor de sus hijos y herederos (32)...

En suma, los registradores, desentendiéndose del Reglamento del Registro mercantil, practican todas las inscripciones que solicitan los comerciantes con tal de que tengan alguna relación, aun muy remota, con las operaciones del negocio.

II

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA.

1. *Punto de partida equivocado del Registro vigente: equívocación entre el Registro mercantil y el Registro de la propiedad*

(27) Libro XII, folio 20.

(28) Libro X, folio 58 vuelto.

(29) Libro IV, folio 30.

(30) Libro XIII, folio 39.

(31) Tal es la redacción equivocada del número 8 del artículo 93 del Reglamento, que confunde la incapacidad para ejercer el comercio con las prohibiciones del artículo 14 del Código.

(32) Libro VII, folio 11.

dad.—El Reglamento de 1919 parte de un error fundamental, que consiste en equiparar los efectos de la inscripción en el Registro mercantil y en el Registro de la propiedad (33). Este error inicial lleva a transportar al Registro mercantil las mismas disposiciones del Reglamento hipotecario sobre libro de presentación de documentos, anotaciones preventivas, notas marginales, calificación del registrador y recursos contra esa calificación, etc.

Pero entre ambos Registros no hay razón alguna de analogía. Salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad, todo son diferencias, que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción, pues mientras en el Registro mercantil se inscriben personas y hechos, en el Registro de la propiedad se inscriben cosas y derechos reales. Las consecuencias de esta radical oposición son muy importantes.

a) Mientras el Registro inmobiliario está basado en el sistema del folio real, el Registro mercantil funciona sobre la base del folio personal (se inscribe el comerciante y en la hoja abierta al comerciante se inscriben después los hechos que a él le afectan).

b) Las anotaciones preventivas pierden en el Registro mercantil su significación primordial (asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o a la cancelación de un derecho). En rigor, como no se trata de derechos, sino de hechos realizados, no cabe hablar de anotaciones preventivas en el Registro mercantil. Sin embargo, el Reglamento admite las anotaciones preventivas por suspensión (artículos 64, 66, 67 y 68). Ahora bien; esta clase de anotaciones se explica cuando el orden cronológico de presentación en el Registro determina el orden de preferencia en el derecho (*principio de prioridad* en el sistema hipotecario español y en el suizo). Pero la mayoría de las inscripciones en el Registro mercantil no pueden determinar ningún orden de preferencia en los derechos, precisamente porque no se inscriben derechos, sino hechos (A se dedica al comercio; B otorga un poder general; C se aparta de una sociedad colectiva; la sociedad D eleva su capital social, etc.). El orden cronológico de la inscripción es

(33) «...siendo los efectos de la inscripción en el Registro mercantil, según el Código de comercio, análogos a los de la inscripción en el Registro de la propiedad, según la ley Hipotecaria, parece natural que la calificación de unos y otros documentos se ajuste a reglas análogas...»

aquí indiferente. Rara vez se producirá colisión entre dos derechos inscritos y servirá la fecha de presentación para decidir el conflicto entre dos posiciones jurídicas contradictorias.

Por esta razón el artículo 64 del Reglamento, que ordena tomar anotación preventiva en el caso de que el título contenga alguna falta subsanable, no recibe aplicación en la práctica. Cuando el título no es inscribible, se devuelve al presentante para que subsane la falta y no se toma anotación preventiva alguna. He aquí otro caso de divorcio entre la realidad y el Reglamento del Registro mercantil.

c) El principio de trato sucesivo o de previa inscripción funciona normalmente en el Registro de buques, pero representa en cambio una inútil restricción en el Registro mercantil. En la práctica, la observancia de este principio conduce en el Registro mercantil a la anomalía de que sea preciso inscribir en primer término (inscripción primera) como comerciante a la persona que se dedica al comercio de mercería en un establecimiento abierto en el pueblo de X, mientras que la inscripción segunda es la de adquisición de un establecimiento de mercería por la misma persona, la cual adquiere precisamente el carácter de comerciante a virtud del ejercicio habitual de las operaciones propias del establecimiento mercantil que ha adquirido (34).

Al Registro de buques, en cambio, sí se pueden aplicar, *mutatis mutandis*, las mismas normas que al Registro de la propiedad, porque también en este caso se inscriben cosas (buques) y derechos reales constituidos sobre ellas. Los autores del Reglamento del Registro mercantil percibieron vagamente la diferencia en este aspecto entre Registro mercantil y Registro de buques, al decir que en éste es «donde se manifiesta el carácter jurídico del Registro mercantil». La afirmación ciertamente no es exacta, porque también el Registro de comerciantes tiene carácter jurídico. Lo que se manifiesta en el Registro de buques son las notas de todo Registro de propiedad y derechos reales, y de ahí su semejanza con el Registro inmobiliario.

De todo ello se deduce la conveniencia de desdoblar el tratamiento unitario actual que reciben el Registro mercantil y el Re-

(34) Véanse, por ejemplo, el folio 56 del libro IV, de comerciantes individuales, y los 64 y 246 del libro VII, de la misma clase.

gistro de buques (título segundo del libro primero del Código de comercio). Lo que en ningún caso puede hacerse es equiparar todo nuestro Registro mercantil actual, o sea el Registro de comerciantes, de sociedades y de buques, al Registro de la propiedad, como quiere la exposición de motivos del Reglamento vigente. Sus redactores siguen aquí el camino inverso al que siguió Torréns. Mientras éste quiso ordenar el régimen de la propiedad inmueble a imitación del sistema de transmisión de los buques, nuestro Reglamento del Registro mercantil pretende volcar la ley Hipotecaria sobre el Registro, no sólo de buques, sino de comerciantes también...

2. *Calificación del registrador.*—En materia de calificación se perciben mejor esas diferencias y la imposibilidad de aplicar al pie de la letra los preceptos hipotecarios. El principio de calificación se establece por primera vez para el Registro mercantil en el Reglamento de 1919, considerándole como antecedente lógico del principio de publicidad (35). Pero al determinar el objeto de esta calificación, el Reglamento se limita, en el artículo 59, a copiar el artículo 18 de la ley Hipotecaria («Los registradores calificarán la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de las obligaciones que éstos contraigan.») Obsesionado por la idea de que el Registro mercantil es semejante al Registro de la propiedad, el Reglamento olvida dos cosas fundamentales: La primera es que muchas veces no se inscriben documentos, sino simples declaraciones de haberse realizado un hecho (cambio de domicilio, separación de un socio, etc.). En este caso es ocioso hablar de formas extrínsecas ni de capacidad de los otorgantes, ni, menos todavía, de validez de las obligaciones que éstos contraigan. La segunda es que aun cuando se inscriban documentos, la calificación del registrador excepcionalmente se extiende a esos tres puntos del artículo 59,

(35) «Este precepto, contenido en el artículo 26 del expresado Código, que es fundamental en esta materia, descansa, naturalmente, en el supuesto de que los documentos inscritos, para ser admitidos en el Registro, han de tener en su forma y en su fondo todos los requisitos necesarios para su validez, pues no cabe pensar que el legislador haya querido dar tales efectos, por el hecho mismo de la inscripción, a documentos nulos otorgados por personas incapaces, sin las formalidades legales o con estipulaciones contrarias a las leyes.»

'porque los documentos no acreditan normalmente la adquisición de derechos y obligaciones, sino la realización de un hecho jurídico que no tiene carácter contractual (otorgamiento de un poder, revocación del mismo, autorización marital, revocación de esa autorización, etc.). En rigor, solamente cuando se trata de la inscripción del comerciante social o de los pactos modificativos de la sociedad es posible esa amplia calificación que impone el artículo 59 del Reglamento. La razón es, en este caso, que el comerciante social nace como consecuencia de un contrato, el de sociedad, y es menester saber si ese contrato reúne las condiciones legales necesarias para producir este importantísimo efecto creador de personalidad jurídica. En los demás casos, aun cuando se trate de inscribir un derecho, el registrador mercantil raramente ejerce funciones de calificación en el ámbito previsto por el artículo 59 del Reglamento.

Propiamente, la calificación del registrador mercantil abarca : 1.º Los requisitos de la solicitud ; 2.º La propia competencia del registrador ; 3.º Las formalidades extrínsecas de los documentos ; 4.º La capacidad y la legitimación del declarante o presentante como apoderado de la persona interesada en la inscripción.

La veracidad de las declaraciones del solicitante no es nunca objeto de calificación. Cuando se inscriben documentos notariales que acrediten la realización del hecho (constitución de sociedad, otorgamiento de poder), el registrador tiene que someterse a la fe que emana del documento público. En los demás casos, el registrador mercantil sólo puede autenticar el acto de la declaración del solicitante o de la presentación del documento.

La imposibilidad de adaptar los preceptos hipotecarios al Registro mercantil se demuestra nuevamente en el artículo 64, relativo a la distinción entre faltas subsanables e insubsanables del título. Esta distinción es inadecuada e insuficiente, porque se basa en el dato de la nulidad o validez de la obligación contraída en el título, y, como sabemos, gran número de las inscripciones en el Registro mercantil no se refieren a la constitución de obligaciones.

En resumen, se puede afirmar que la calificación del registrador mercantil debe reducirse a los extremos antes apuntados, porque sus facultades de calificación son mucho más restringidas que la del registrador de la propiedad.

III

LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO.

1. *Formulación del principio.*—Toda la significación jurídica del Registro mercantil puede concretarse en los efectos de la llamada publicidad material. El Registro mercantil es público (artículo 30 del Código de comercio). Esta publicidad se realiza mediante la manifestación del Registro y la expedición de testimonios y certificaciones (artículo 193 del Reglamento). Pero junto a esta publicidad *formal*, el sistema alemán y el español establecen el dogma de la publicidad material, por cuya virtud una vez inscrito un hecho se supone conocido de todos los terceros, mientras que, paralelamente, la no inscripción de un hecho descarga al tercero de la necesidad de conocerlo, liberándole de las consecuencias de su ignorancia. Por eso, como el hecho no inscrito se equipara frente a tercero a hecho no existente, se habla de publicidad negativa del Registro o de efectos negativos de la publicidad del Registro. Y como el hecho inscrito puede ser puesto u opuesto frente a tercero, aun cuando éste lo ignore, se habla también de publicidad positiva del Registro o de efectos positivos de la publicidad. El artículo 26 de nuestro Código de comercio funde en su dicción unitaria estos dos aspectos, positivo y negativo, cuando dice que los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados. De aquí se deduce que el documento inscrito perjudica a tercero desde la fecha de su inscripción (efectos positivos), y que el documento no inscrito no perjudica a tercero (efectos negativos).

2. *Aspecto negativo de la publicidad.*—Todo tercero puede considerar como no existente el documento no inscrito. No necesita invocar ignorancia respecto del hecho en cuestión, ni atacar por error el negocio concluído en base a esa ignorancia. Como ejemplo típico de estos efectos negativos de la publicidad del Registro, citaremos la revocación de poder y la rescisión parcial del contrato de sociedad. Si la rescisión del poder no fué objeto de inscripción

en el Registro mercantil, los terceros pueden seguir contratando con el apoderado y exigir luego el cumplimiento del contrato al poderdante, reputando como no acaecida la revocación del poder mientras no se lleve al Registro. De acuerdo con el artículo 26, la revocación no puede invalidar el poder inscrito mientras no sea registrada. La falta de inscripción de la rescisión parcial del contrato de sociedad determina, frente a terceros, la subsistencia del estado de derecho anterior, como si no hubiese sobrevenido esa rescisión. Por eso dice terminantemente el artículo 220 del Código de comercio que subsistirá la responsabilidad del socio excluido por todos los actos que se practiquen en nombre y por cuenta de la compañía con tercera personas.

Originariamente, el principio de la publicidad negativa se refiere sólo a las modificaciones y a la extinción de las relaciones jurídicas anotadas en los libros del Registro. Tal es el supuesto de los ejemplos citados. Se protege la confianza en la subsistencia de los hechos anteriormente inscritos. ¡Este era todavía el punto de vista del Código alemán de 1861 (36). El Código de comercio español no limita los efectos de la publicidad negativa a los *hechos secundarios* (modificación o extinción de otros hechos inscritos), sino que protege ampliamente la ignorancia de tercero frente a cualquier hecho no inscrito (véase la Sentencia de 4 de Octubre de 1927). Aplicaciones concretas de esta amplia publicidad negativa substantiva son los artículos 24 y 29 del Código de comercio (37).

La significación exagerada que concede la Exposición de Motivos al hecho de la inscripción de las sociedades en el Registro mercantil (respecto de ellas «constituye el Registro mercantil la única prueba de su existencia jurídica y de su estado civil») está contradicha en los mismos términos del artículo 24, que permite al tercero reputar como existente la sociedad no inscrita para todo

(36) V. WIELAND: *Handelsrecht*, München und Leipzig, 1921, p. 230.

(37) Art. 24: «Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable.» Art. 29: «Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables.»

lo que le sea favorable. La irregularidad de constitución de la compañía tiene, por tanto, consecuencias sólo en las relaciones con tercero. La sociedad existe en lo interno y el mecanismo obligacional del contrato funciona normalmente. Pero al tercero no se puede oponer un hecho (constitución de la sociedad) que no aparece inscrito en el Registro mercantil (publicidad negativa).

La interpretación del artículo 24 del Código de comercio presenta dificultades, porque hay que armonizar este precepto con los artículos 116, párrafo 2.º, 118 y 120. El estudio detenido de este problema desembocaría en el tema más amplio y no menos difícil de las sociedades irregulares en Derecho español. Por el momento, baste decir que de estos últimos artículos se deduce la novedad de los contratos celebrados por una sociedad no inscrita en el Registro mercantil. ¿Qué desviaciones impone a esta conclusión el artículo 24, dictado en beneficio de tercero? La posición favorable del tercero contratante con la sociedad no inscrita puede ser doble: en primer término, el tercero puede considerar como eficaz la escritura de sociedad y demandar en juicio a la sociedad, sanando así la irregularidad de su constitución; en segundo lugar, puede el tercero excusarse del cumplimiento del contrato, alegando que la escritura no registrada no puede perjudicarle. De estos dos argumentos nos interesa ahora el segundo, en cuanto puede ser aplicación del principio de la publicidad negativa del Registro.

La jurisprudencia dictada en aplicación del Código de 1829 rechaza la posibilidad de que la sociedad no inscrita pueda demandar a tercero el cumplimiento de un contrato como tal persona jurídica (Sentencias de 23 de Noviembre de 1883, 8 de Mayo de 1885, 12 de Marzo de 1888). Si bien se mira, esta tesis del Tribunal Supremo afecta más directamente al principio según el cual la sociedad mercantil no goza de personalidad en sus actos y contratos si no ha sido otorgada escritura pública e inscrita en el Registro. El Tribunal Supremo ha cambiado más tarde este punto de vista primitivo, afirmando que la sociedad irregular puede accionar contra terceros como tal sociedad, exigiéndoles el cumplimiento del contrato. En una primera fase (Sentencia de 19 de Abril de 1901), por estimar que los artículos 118 y 119 no tienen aplicación a los casos en que el contrato ha sido voluntariamente ejecu-

tado y en que la cuestión versa sobre si la parte demandada al cumplir las obligaciones que se impuso se atemperó o no a lo convenido. Se trataba en aquel caso de una sociedad que, sin estar inscrita en el Registro mercantil, demandó a otra sobre cumplimiento de un contrato celebrado entre ambas. La demanda prosperó en primera y en segunda instancia, y el demandado interpuso recurso de casación, fundándolo (segundo motivo) en la infracción de los artículos 17 y 24 del Código de comercio, referentes a la inscripción obligatoria en el Registro de las sociedades mercantiles, sin cuyo requisito sólo surtirán efecto entre los socios, pero no podrán perjudicar a tercera persona. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por considerar, entre otras razones, «que lo dispuesto en el artículo 24 del Código se refiere a las cláusulas y condiciones estipuladas en la escritura de sociedad, que por no haberse hecho públicas por medio de la inscripción de las mismas en el Registro, no deben perjudicar a los que con la sociedad negocien, pero no se refiere a los contratos que éstas o sus gestores celebren con terceras personas, los que podrán ser válidos y eficaces, no obstante la falta de inscripción». En una segunda fase, aún más avanzada (Sentencia de 3 de Enero de 1906), por entender el Tribunal Supremo que no es tercero quien contrata directamente con la sociedad, aun cuando no esté registrada y que no puede, por tanto, esta persona invocar a su favor el artículo 24 para excusarse del cumplimiento del contrato.

De esta doctrina del Tribunal Supremo se deduce que los efectos de la publicidad negativa sancionada en el artículo 24 no entran en juego cuando se trate del cumplimiento de un contrato pactado por una sociedad no inscrita. La tesis es acertada, porque, en rigor, el cumplimiento de ese contrato no puede decirse que sea un efecto de la escritura de sociedad que dejó de inscribirse, y no debe, por tanto, ser incluido este caso en el supuesto del artículo 24. Esta doctrina resulta reforzada por la consideración de que la parte que reconoce a la otra personalidad para contratar no puede luego escudarse en su pretendida cualidad de tercero, con arreglo al artículo 24, para negarse a cumplir lo convenido a pretexto precisamente de falta de personalidad en el otro contratante. Quien contrate con una sociedad no inscrita deja de ser tercero por el mismo hecho del contrato, y no puede ampararse en el artículo

lo 24, dictado únicamente en favor de terceras personas no ligadas con la sociedad.

En el artículo 29 del Código de comercio se comprueban también de modo claro los efectos de la publicidad negativa sustancial: los poderes no registrados no podrán utilizarse en perjuicio de tercero. En la interpretación de este artículo, el Tribunal Supremo ha declarado que ni la circunstancia de que el poder otorgado no se hubiese registrado, ni la de que el poderdante no figurase como comerciante cuando le otorgó, implica la nulidad de los actos realizados por representante y representado y de los contratos que celebraren con terceras personas (Sentencia de 28 de Enero de 1896).

De estos dos preceptos del Código de comercio se deduce también cuál debe ser la contestación a la pregunta de si la publicidad negativa favorece a todo tercero o sólo a aquel que efectivamente ignora el hecho no inscrito. En Derecho alemán, los efectos del artículo 15, párrafo 1º (publicidad negativa) no favorecen a quien conoce el hecho (tercero de mala fe), sino al que lo ignora (tercero de buena fe), apreciándose esta ignorancia en el momento de entrar en la relación jurídica de que se trate. En Derecho español, por el contrario, al menos en esos dos casos de los artículos 24 y 29 (escritura de sociedad, poderes), la publicidad negativa parece que protege también al tercero de mala fe que invoca la falta de inscripción aun cuando conoce el hecho. El tercero puede utilizar la escritura de sociedad no registrada en lo que le sea favorable (artículo 24) y puede fundarse en los poderes no registrados en cuanto también le fueren favorables (artículo 29). El tercero escoge, pues, en el hecho no inscrito lo que le favorece y rechaza lo que le perjudica, amparándose en la publicidad negativa del Registro. En suma, la no inscripción no le perjudica jamás, aun cuando conozca perfectamente el hecho no inscrito. La protección del tercero se lleva a las más extremas consecuencias en Derecho español.

JOAQUÍN GARRIGUES.

(Continuará.)