

Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN SU EVOLUCION HISTORICA. 1. BREVE REPASO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—III. LA PUBLICIDAD MATERIAL EN EL DERECHO VIGENTE. 1. LA OponIBILIDAD. 1.1. *Oponibilidad de lo no inscrito: oponibilidad general.* 1.2. *Oponibilidad de lo inscrito: oponibilidad registral.* Presupuestos: A) El cumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva como presupuesto de la oponibilidad. B) La buena fe del tercero como presupuesto de oponibilidad de lo inscrito: a) Caracterización del tercero de buena fe; b) La buena fe del tercero como presupuesto de la oponibilidad absoluta. 2. EL REGISTRO COMO «INSTITUCIÓN DE TERCEROS»: 2.1. *Mecanismos de defensa pasiva:* A) La presunción de buena fe y el principio de fe pública; B) El carácter constitutivo de la inscripción. 2.2. *La defensa activa del tercero:* A) Utilizabilidad; B) Invo-cabilidad.—IV. EL VALOR JURIDICO DE LA APARIENCIA (A modo de conclusión).

I. INTRODUCCION

Con motivo de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CE en materia de sociedades [que modificó los arts. 16 a 24 del CCom y promovió, en su disposición adicional cuarta, la aprobación del Reglamento del Registro Mercantil que tuvo lugar por medio del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre (1)], se produjeron cambios fundamentales en la institución registral mercantil. Como es bien sabido, la reforma alcanzó tanto al sistema de organización del Registro

(1) La aprobación del Reglamento del Registro Mercantil por Real Decreto 1.784/1996, de 19 de julio, según su Exposición de Motivos, ha tenido la finalidad de adecuar el texto reglamentario a la nueva normativa sobre Sociedades de responsabilidad limitada y sociedades unipersonales. Aun cuando se incluyen algunas modificaciones con respecto al Registro Mercantil Central y los Títulos Preliminar, I, III y IV, se mantiene inalterado la mayor parte del contenido del Reglamento derogado.

como a los principios y técnicas de publicidad formal (donde fueron muy notables las novedades) y a los principios de publicidad material (2).

En este trabajo se realizan algunas consideraciones sobre los principios de publicidad material (arts. 20 y 21 CCom y 7, 8 y 9 RRM) que fueron sustancialmente modificados por la citada reforma, pero no tan atendidos por la doctrina como las demás novedades incorporadas. En los trabajos de los comentaristas de la reforma la atención, con carácter general, se centra más en el estudio de la publicidad formal que en los principios de publicidad material. Estos últimos, como es sabido, cumplen una función esencial y merecen una atención especial, ya que regulan el juego y la eficacia del Registro Mercantil en las relaciones de tráfico y dan sentido a la publicidad formal y al Registro.

Tradicionalmente se ha afirmado que el Registro Mercantil es una institución al servicio de la seguridad del tráfico y de la tutela de los intereses de terceros de buena fe que se relacionan con sujetos inscritos (3). También se reconoce al Registrador Mercantil un efecto protector de los intereses de los sujetos inscritos, aunque este efecto parece relegado a un segundo plano, subordinado al cumplimiento de los anteriores. Mas la configuración legal del Registro Mercantil, tras la citada reforma de 1989, permite mantener que la protección que éste irradia va dirigida primordialmente a la *tutela de la con-*

(2) Son numerosos los trabajos que se han ocupado del Registro Mercantil. Sobre el Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CE en GÓMEZ SEGADÉ, J. A., «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en *La reforma de la Ley de sociedades anónimas*, dir. A. ROJO, Madrid, 1987, pág. 21 y ss. Tras la reforma de 1989, entre otros, ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990; GARCÍA VILLA VERDE, R., «La reforma del Registro Mercantil», en *La Ley*, 1990, núm. 2, págs. 1180 y ss.; GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L., «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades (68/151)», en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1179 y ss.; JIMÉNEZ DE LA PEÑA, J., «La reforma de sociedades y el Registro Mercantil», *RCDI*, I, 1989, págs. 675 y ss.; MENÉNDEZ, A., «La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español», *RCDI*, 1990, núm. 597, págs. 393 y ss.; OLIVENCIA, M., «Ley y Reglamento del Registro Mercantil», en *Homenaje a Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1325 y ss.; PAU PEDRÓN, A., «Publicidad del Registro Mercantil», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), vol. IV, pág. 5394 y ss.; *Idem*, *Leyes Hipotecarias y Regístrales de España. Fuentes y evolución* (Centro de Estudios Hipotecarios), tomo V, vol. II, Registro Mercantil, Madrid, 1992; PAZ ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1.556, págs. 62 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y Derecho comparado)», *RCDI*, año LXXI, 1995, págs. 1177 y ss.; TORRENT, «¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)», *RCDI*, 1993 (II), págs. 1391 y ss.

(3) La Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 indica que el Registro «es un poderoso medio de publicidad que sirve de garantía suficiente a los terceros que se hallan interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia».

fianza en la apariencia (al servicio de la cual está el Registro Mercantil) (4), a la ordenación de los intereses en juego conforme a la realidad conocida y tenida en cuenta por las partes en el momento de la realización de un acto o contrato por un sujeto inscrito y un «tercero» (5).

El «nuevo» sistema coloca, en ocasiones, al sujeto inscrito en mejor posición que al tercero. Por un lado, porque se mantiene la eficacia exorbitante del acto inscrito, oponible a terceros, ya lo conozcan, ya lo ignoren (valor jurídico de la inscripción). Por otro lado, porque la realidad que prima es la que modifica o extingue el contenido de lo inscrito (hecho secundario no inscrito, v.g. revocación de poderes no inscrita), o la que crea un sujeto de derecho sin constancia registral (hecho primario no inscrito —*sociedades irregulares*—). Si la creación, modificación o extinción ha sido operada por el propio sujeto inscrito en sus relaciones con los terceros, no le resultará difícil probarla (y oponerla).

Cierto es que, como se advertirá más adelante, no hay que minusvalorar la protección de los intereses de los terceros por la vía del principio de fe pública, de la presunción de buena fe, de la invocabilidad de lo inscrito y no publicado, y de la publicación en el *BORME* como presupuesto de oponibilidad (6).

II. SIGNIFICADO DEL REGISTRO EN SU EVOLUCION HISTORICA (7)

Contemplando la institución registral mercantil desde la perspectiva de la finalidad perseguida y los intereses principalmente tutelados por ella es po-

(4) Esta afirmación es compartida por autores como GÓMEZ SEGADE («La publicidad...», cit.) y TORRENT («¿Protección registral...», cit.), en cuyos trabajos se aborda directamente la nueva concepción de la publicidad del Registro Mercantil.

(5) Como advierte PAU PEDRÓN (*Publicidad del Registro Mercantil*, cit., pág. 5395) «(El) nuevo régimen supone la mayor valoración del conocimiento de hecho. Este nuevo rango es complementario del anterior, y responde a un mismo criterio: atender más a la realidad que a las ficciones legales... lo no inscrito puede, sin embargo, en algún caso, ser conocido por las relaciones de tráfico, y pese al silencio del Registro (y de ahí que se permita la prueba de ese conocimiento)».

(6) Este último aspecto (establecido en el art. 21.1 CCom) más que una medida en favor de terceros es un requisito más para atribuir eficacia *erga omnes* —oponibilidad— a la inscripción unilateralmente decidida por el sujeto inscrito. Si bien es cierto que con la publicación en el diario oficial se incrementa la posibilidad de conocer de los terceros, no por ello van a dejar de soportar el «perjuicio» que supone la oponibilidad de lo publicado, lo conozcan o lo ignoren. En este sentido PAU PEDRÓN, *Publicidad...*, cit., pág. 5395.

(7) Sobre los precedentes históricos del Registro Mercantil se pueden consultar, entre otros, los trabajos de GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI*, 1930, pág. 657 y ss.; GIRÓN, «Las sociedades irregulares», cit., págs. 163 y ss.; LANGLE, E., *Derecho Mercantil español*, tomo I, Barcelona, 1950, págs. 866 y ss.; MENÉNDEZ, A., «El Registro Mercantil español (Formación y desarrollo)», en Centro de Estudios Hipotecarios, *Leyes Hipotecarias y registrales de España, Fuentes y evolución*, tomo IV,

sible apreciar una evolución a lo largo de su historia que permite distinguir distintas fases en la eficacia de la publicidad registral mercantil (8).

Se parte de la tutela de los intereses de terceros y del tráfico como finalidad principal (Ordenanza de Bilbao de 1737 y CCom 1829) (9), para introducir la tutela de los intereses de los sujetos inscritos en equilibrio con la de los terceros de buena fe, a través del juego de los principios de oponibilidad e inoponibilidad (CCom 1885). Finalmente, en la actualidad, desaparecido el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (10), se ha articulado un sistema registral que para la solución de los conflictos de intereses que se suscitan entre los sujetos inscritos y los terceros, más que atender a la tutela preferente de uno de ellos, atribuye a la *realidad* un valor jurídico superior. De modo tal que lo inscrito es oponible o invocable sólo si se corresponde con la realidad extrarregistral, y ésta prevalecerá frente al contenido de lo inscrito si se acredita que la apariencia discordante con lo inscrito fue la tenida en cuenta por las partes (sujeto inscrito y tercero) para ordenar su relación. No se recoge ya como regla el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, ni se concede a la inscripción un valor jurídico tan exorbitante como en la situación previgente (la oponibilidad de lo inscrito cede ante la prueba

Registro Mercantil, II Congreso Internacional de Derecho registral, Madrid, 1974, págs. 9 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia de la publicidad registral mercantil (introducción histórica y Derecho comparado)», cit., y autores allí citados.

(8) «El desarrollo de estas fases conformadoras de la actual situación del tratamiento de la eficacia de la publicidad registral mercantil ha tenido una doble influencia: De un lado, una influencia de carácter netamente proveniente del campo mercantil... Y de otro, una influencia de carácter esencialmente hipotecarista...» SEQUEIRA MARTÍN, A., «La eficacia...», cit., pág. 1178.

(9) Como es sabido, los orígenes remotos de la institución registral mercantil se sitúan en la época clásica: en Grecia y Roma ya existieron *listas de mercaderes asociados* (anuncios en el local de la tienda o en los lugares de reunión, *literae oblatoriae*).

Durante la Edad Media adquirió esta práctica mayor desarrollo, autoridad y obligatoriedad, ya que las Corporaciones y Gremios no otorgaban sus ventajas sino a los comerciantes que figuraban en sus *libri mercatorum*. Tenían una finalidad de control meramente interno, y la inscripción producía efectos exclusivamente en favor del sujeto inscrito. La función de estos Registros no era, por tanto, publicitaria, sino corporativa.

Más tarde (Ordenanzas de Bilbao de 1737), habida cuenta la posibilidad de que el comerciante utilizara en el tráfico un nombre comercial distinto de su nombre civil y la insuficiencia informativa de la razón social respecto de las personas que integran la sociedad y su régimen de responsabilidad, se previó la inscripción de los contratos de sociedad en el archivo del Consulado con la finalidad de dar a conocer a los terceros la identidad de los sujetos responsables (publicidad en garantía de terceros). Esta proyección exterior del contenido del archivo para conocimiento de terceros es *el punto de partida de las formas de publicidad mercantiles actuales* (GARRIGUES, «El Registro Mercantil...», cit., pág. 658). Aunque, en realidad, no existía ni un Registro ni unos principios de publicidad legal, ni sanciones de derecho sustantivo para el supuesto de incumplimiento (GIRÓN, *Las sociedades irregulares*, cit., pág. 165).

(10) De los artículos 24 y 29 CCom 1885 en su redacción antes de la reforma de 1989. Vid. nota 14.

de hechos de apariencia discordantes). Desde la reforma de 1989 también el Registro Mercantil «es apariencia, un vehículo de apariencia más vertebado y complejo que la posesión o los títulos valor, y está anclado en el mismo fundamento en que se basa siempre el legislador cuando dota de eficacia a los fenómenos aparentes (sean espontáneos o artificiales): la confianza. La masificación social hace luego que esa confianza se objetivice, y no quepa subordinar la protección registral a la prueba de la consulta efectiva del Registro. Pero entonces adquirirá relevancia la mala fe como hecho impeditivo (de la adquisición), que habrá de probar el perjudicado; y quien ha pretendido abusar de la apariencia no se verá ya protegido por el sistema» (11).

1. BREVE REPASO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como es sabido, en el Código de Comercio de 1829, la llamada *Matrícula de comerciantes* era un registro administrativo para el control de los que se dedicaban al comercio (la inscripción era constitutiva del estado de «comerciante» —arts. 1, 11 y 21 CCom 1829) y especialmente garante de los intereses de terceros y el tráfico porque cumplía la función de registro administrativo con efectos puramente informativos (art. 22, 25 CCom 1829). En él por primera vez se añadieron sanciones a la falta de inscripción: en ningún caso la falta de inscripción perjudicaba al tercero pero sí al sujeto obligado a la inscripción, privando de eficacia interna al negocio que debió acceder al Registro (art. 28, 29, 30, 285 y 289 en relación con 290 y 328, todos ellos del CCom 1829). La inscripción dotaba de eficacia interna al acto o contrato inscribible pero no se añadía ningún efecto jurídico a la misma: no había efecto de oponibilidad derivado de la inscripción y sí ineficacia *inter partes* derivada de la no inscripción. Lógicamente, tampoco el principio de inoponibilidad estaba enunciado, pero sí la utilizabilidad por el tercero de la realidad extrarregistral en los artículos 28 y 29 (12).

(11) PAU PEDRÓN, A., «La evolución de los principios jurídicos hipotecarios», *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (ciclo de conferencias)*, Madrid, 1989, pág. 477.

(12) Art. 28: *Las escrituras de sociedad, de que no se tome razón en el registro general del comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos* (ineficacia interna del negocio); *sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad* (utilizabilidad por los terceros).

Art. 29: *Tampoco producirán acción entre el mandante y mandatario los poderes conferidos a los factores y mancebos de comercio para la administración de los negocios mercantiles de sus principales, si no se presentan para que se tome razón de ellos en el registro* (ineficacia interna del negocio de apoderamiento), *observándose, en cuanto a las obligaciones contraídas por el apoderado, lo prescrito en el artículo 177* (valor de la realidad extrarregistro) (Nota: el artículo 177 prevé la vinculación del principal frente a

Con el Código de Comercio de 1885 se produjo un cambio sustancial de la institución convirtiéndose al Registro Mercantil (como dice la Exposición de Motivos) en una institución esencialmente jurídica. En él se aumentó el valor jurídico de la inscripción, formulándose expresamente por primera vez los efectos de la publicidad material del Registro: oponibilidad y prevalencia de lo inscrito sobre la realidad extrarregistral en su artículo 26 (13); y principios de inoponibilidad y utilizabilidad de lo no inscrito en sus artículos 24 y 29 (14). El principio de «fe pública» no apareció formulado en el Código de Comercio 1885, y se incorporó por vez primera a nuestro Ordenamiento con rango inferior en el Reglamento de Registro Mercantil de 1956 (art. 3).

La Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 declara que con la nueva regulación en materia de Registro se «establece un poderoso medio de publicidad que sirva de garantía suficiente a los terceros que se hallan interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia», en un intento de prolongar el carácter tradicional del Registro como institución de tutela de intereses de terceros. Pero lo cierto es que el texto de los artículos 24, 26 y 29 no responde sólo a esa declaración programática. Como dijera el profesor GARRIGUES, «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)» (15).

Otorgar valor jurídico a la inscripción (oponibilidad de lo inscrito) y sancionar su omisión con la inoponibilidad respondía a la intención, según la Exposición de Motivos del Código, de *estimular la inscripción eficazmente por medios indirectos*. Aunque realmente se consiguieron otros dos efectos indirectos. Por un lado, poner en manos del sujeto inscrito un arma valiosí-

los terceros por los actos realizados por su factor en ejercicio de la facultad representativa atribuida por poder).

Nota: el texto entre paréntesis que se inserta en el texto de los preceptos transcritos y el que se inserta del mismo modo en las notas siguientes es nuestro.

(13) Artículo 26 CCom 1885 antes de la Reforma de 1989: *Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción* (oponibilidad de lo inscrito) *sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados* (inoponibilidad de lo no inscrito y prevalencia del Registro sobre la realidad).

(14) Artículo 24: *Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen; pero no perjudicarán a tercera persona* (inoponibilidad de la realidad no inscrita), *quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable* (utilizabilidad por el tercero de la realidad extrarregistral).

Artículo 29: *Los poderes no registrados producirán acción entre el mandante y el mandatario; pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero* (inoponibilidad), *quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables* (utilizabilidad).

(15) GARRIGUES, «El Registro Mercantil...», cit., pág. 665.

sima: modificar el marco de sus relaciones con terceros a su arbitrio, ya que la inscripción de actos unilateralmente decidida por él le permite oponerlos a quien los conozca o los ignore, y por otro lado negar valor jurídico a la realidad (apariencia extrarregistral) a través del principio de inoponibilidad. Probablemente en la intención del legislador todo era una cuestión de equilibrio, aunque la fórmula no fue afortunada, como demostró la doctrina (16).

Estos tres preceptos dieron lugar a interpretaciones doctrinales del sistema de publicidad material radicalmente enfrentadas. Los autores llamados «literalistas» (17), otorgando una eficacia extraordinaria al principio de inoponibilidad (y tutela a todo tercero, sin distinguir si lo eran de buena o mala fe), no admitían la prueba (a cargo del sujeto obligado a la inscripción) del conocimiento por el tercero de datos no inscritos: el hecho no inscrito se tiene por inexistente frente al tercero *aunque lo conociera*. Por contra, lo inscrito se presume conocido por todos y a todos les es oponible, aunque sí se permite al tercero probar la existencia de actos no inscritos (modificativos o extintivos de otros inscritos —artículo 25 y 29— o constitutivos —art. 24—) y fundarse en ellos cuando le fueren favorables. Es decir, la realidad extrarregistral sólo existe si beneficia al tercero (aunque sea de mala fe), pero no se permite al sujeto obligado a inscribir ampararse en ella.

En opinión de otro grupo de autores (18), la interpretación literal propiciaba que la mala fe del tercero (su conocimiento extratabular de los hechos inscribibles) se convirtiera en un mecanismo para el fraude. Aunque es cierto que en ninguno de los artículos comentados (24, 25, 26 y 29) se menciona la buena fe del tercero como requisito para la protección que le brinda la inoponibilidad, también lo es que tal circunstancia no es suficiente para llegar a una conclusión que está en contradicción con el fundamento de la protección registral. El fundamento de esa protección está sencillamente en la necesidad de tutelar la confianza en la apariencia, de tutelar al tercero que confía en lo que aparece en el Registro —*apariencia* de carácter positivo—, y al tercero que confía en lo que no aparece en el Registro —*apariencia* de carácter negativo— (19). No puede ser el mecanismo formal del Registro una excusa

(16) Véase doctrina citada en nota 18.

(17) Denominación que utiliza PAU PEDRÓN (*Publicidad del Registro Mercantil*, cit., pág. 5.395) para referirse a la postura mantenida por GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1946, y *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1976) y LANGLE (*Derecho Mercantil español*, cit.).

(18) GIRÓN, «Las sociedades irregulares», en *ADC*, tomo IV, fasc. IV, 1951, y también en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 125 y ss.; *IDEM*, «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español» en *Estudios...*, cit., especialmente págs. 119 y ss.; MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil* (Centro de Estudios Hipotecarios), Madrid, 1971, págs. 169 y ss.

(19) MENÉNDEZ, *La buena fe...*, cit., pág. 180.

de inmoralidades; no hay razón para excluir la publicidad efectiva que origina el conocimiento **de** hecho porque, en definitiva, ese conocimiento está sirviendo prácticamente a la misma función a la que formalmente atiende el Registro (20).

Esta interpretación (correctora) de los principios de oponibilidad e inoponibilidad cobró gran arraigo en la doctrina y jurisprudencia y es el origen de la actual regulación de los artículos 20 y 21 **CCom** que comentaremos.

III. LA PUBLICIDAD MATERIAL EN EL DERECHO VIGENTE

Como consecuencia de la larga vigencia de la regulación anterior a la reforma, durante mucho tiempo se ha elaborado la doctrina de protección de los terceros de buena fe en torno al principio de **inoponibilidad**. Tras la reforma el principio no aparece recogido en nuestros textos legales, aunque la Primera Directiva, en su artículo 3.5 lo enuncia expresamente (21). Pese a la opinión de algún autor (22), no parece posible afirmar la invocación directa del referido precepto en las relaciones jurídicas de los particulares entre sí (23), ni, por tanto, la vigencia directa de la norma en su formulación

(20) GIRÓN, «Las sociedades irregulares», cit., pág. 161.

(21) El artículo 3.5 de la Primera Directiva del Consejo CEE sobre sociedades (68/151) dice que los actos e indicaciones no publicados no son oponibles a los terceros (*inoponibilidad*) salvo que la sociedad pruebe que los conocían (*valor jurídico de la apariencia, mala fe del tercero y carga de la prueba*). En el número 7 de ese mismo artículo se establece que los terceros podrán valerse siempre, además, de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad (*utilizabilidad por los terceros*), salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces (*reserva a la legislación interna de conferir carácter constitutivo a determinadas inscripciones*). Nota: el texto entre paréntesis es nuestro.

(22) VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pág. 89, nota 174: como la referida norma comunitaria «formula ese principio de forma expresa, ha de entenderse en línea con tal formulación la pervivencia del principio en Derecho español».

(23) Como es sabido, el TJCE en algunas sentencias y con carácter extraordinario, ha extendido a las directivas el efecto de aplicación directa propio de los reglamentos. Esta medida excepcional no es posible ni en todos los casos ni respecto de todas las normas contenidas en las directivas. A tal fin se distingue entre el llamado efecto directo de carácter *vertical* (en los casos en que el ciudadano pretenda ante el Estado el reconocimiento de un derecho contenido en una directiva cuyo plazo de incorporación ha vencido) y el efecto directo de carácter *horizontal* (que un particular pretenda en sus relaciones jurídicas con otros particulares el cumplimiento de una norma comunitaria no incorporada). En las referidas sentencias sólo se reconoce el efecto de aplicación directa *vertical*. No obstante el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en Sentencia de fecha 8 de noviembre de 1996, «de forma sorprendente y sin argumentación jurídica consistente, rompe con su propia jurisprudencia mantenida hasta el momento» al admitir el efecto directo horizontal de una directiva (véase PAYA PUJADO, «LOS efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la Sentencia de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, número 4317, 25 de

comunitaria en el marco de nuestro sistema interno. Sí, en cambio, podrá ser invocada como principio informador del sistema a la hora de integrar e interpretar las normas sobre publicidad material (24).

La preocupación de la doctrina por la tutela de los intereses de los terceros de buena fe y su protección ante actos no inscritos, promueve la deducción del principio de **inoponibilidad** de la interpretación a *contrario* del artículo 21 del Código de Comercio (25). Si bien ese recurso es posible, el efecto protector está suficientemente garantizado (como se verá más adelante) por el juego de la presunción de buena fe con el principio de fe pública (para la inoponibilidad de *hechos secundarios*), o con el carácter constitutivo de la inscripción (para la inoponibilidad de hechos primarios). En el fondo la cuestión principal es la caracterización de la buena fe del tercero que le hacer acreedor de protección.

1. LA Oponibilidad

La oponibilidad no es una categoría jurídica exclusiva del Derecho registral. En Derecho Común de obligaciones surgió el concepto para diferenciar el principio de relatividad de los contratos (art. 1.257 CCom) de la eficacia que, como realidades socio-jurídicas, éstos pueden desplegar ante terceros (26).

junio de 1997). Sobre estas cuestiones véase GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La eficacia jurídica del Derecho comunitario de sociedades no desarrollado en la legislación interna (en torno a la STJCE de 13 de noviembre de 1990)», *Anuario de Derecho civil*, 1992, págs. 343 y s.; MATA SIERRA, *El efecto directo de las directivas en la jurisprudencia comunitaria y española*, Madrid, 1994; Ruiz COLOME, «Directiva (D.º Comunitario)», *Enciclopedia Jurídica Básica* (Civitas), vol. II, págs. 2512 y ss.

(24) La interpretación por parte de los Tribunales de las normas internas a la luz de la literalidad y de los objetivos de las directivas es la llamada *doctrina de interpretación conforme o efecto indirecto de las Directivas*. Sobre estas cuestiones vid. bibliografía en nota anterior y AVILA DE LA TORRE, «Delimitación del ámbito de poder de representación de los administradores de la S. A. Eficacia jurídica de las Directivas comunitarias. Comentario a la RDGRN de 3 de octubre de 1994», *RCDI*, número 633, 1996, págs. 463 y ss.

(25) ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993, pág. 301; GARCÍA VILLA VERDE, «La Reforma...», cit.; MENÉNDEZ, «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 49.

(26) Sobre estas cuestiones véase DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 531, § 602; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, págs. 402 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor LACRUZ*, vol II, Madrid, 1993, págs. 1467 y ss.; ÍDEM, «Comentario al artículo 1.257 CCom», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1-A, Madrid, 1993, págs. 322 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

Las modificaciones en las relaciones de responsabilidad y representación (27) de un sujeto inscrito son hechos jurídicos que existen y pueden ser dados a conocer en el tráfico antes de ser inscrito en el Registro. La publicidad de hecho de estas circunstancias puede generar apariencia bastante que justifique la posibilidad de ser opuesta ante quien las conoció. La publicidad de hecho habrá cumplido la misma función a la que sirve el Registro. Por tanto, la *oponibilidad* es una *categoría general de eficacia* predicable de todo hecho o acto de la realidad jurídica que es dado a conocer (apariencia). *Oponibilidad* que se especializa como *categoría registral* cuando la realidad se inscribe y ésta (la realidad inscrita) adquiere un valor jurídico superior en tanto que su eficacia será absoluta o *erga omnes* (ya no limitada a los sujetos que la conocieron por publicidad de hecho).

De ahí que, como acertadamente se ha dicho, la oponibilidad es un efecto producido por la realidad (la apariencia) y no (sólo) por el Registro (28). De todo lo anterior pueden ser extraídas dos importantes consecuencias. En primer lugar que la realidad (apariencia) no inscrita es oponible a los terceros que la conocen (29). En segundo lugar que si lo inscrito no coincide con la realidad (apariencia) no será oponible (30). Todos estos aspectos se irán desarrollando a continuación.

En el ámbito concreto de las relaciones de tráfico que un sujeto inscrito realiza con terceros la oponibilidad, como categoría general, puede ser entendida como *la posibilidad que tiene el sujeto inscrito de hacer valer sus circunstancias de responsabilidad y representación ante terceros*. La oponibilidad así entendida puede clasificarse en grados. Llamaremos oponibilidad *registral [absoluta]* (31) o *erga omnes* a la oponibilidad de lo inscrito, ya que con la inscripción el hecho o acto inscrito adquiere una eficacia exorbitante que permite al sujeto inscrito hacer valer su contenido ante todo tercero sin tener que probar ni el contenido de lo inscrito ni el conocimiento del tercero (art. 21.1 CCom). Llamaremos oponibilidad *general [rela-*

(27) Es un hecho indiscutido que la finalidad principal del Registro Mercantil es dar publicidad a las relaciones de responsabilidad y representación de los sujetos inscritos. Si bien es cierto que en el Registro también se da publicidad de las reglas internas de funcionamiento de la sociedad, y, desde esa perspectiva, también tienen la consideración de terceros «*las personas que acceden a la sociedad a la vista de determinados estatutos inscritos*» (PAU PEDRÓN, *Publicidad...*, cit., pág. 5399).

(28) PAZARES, «La Reforma...», cit., pág. 1310, nota al pie. El texto entre paréntesis es nuestro.

(29) Cfr. *infra* 1.1.

(30) Cfr. *infra* 1.2 A) y B).

(31) Llamamos «absoluta» a la oponibilidad de lo inscrito porque su eficacia no está, en principio, sometida a más presupuesto que la publicación en el *BORME*.

tiva (32) o de la apariencia no inscrita ante terceros de «mala fe»] a la posibilidad que tiene el sujeto inscrito de hacer valer ante terceros un acto sujeto a inscripción y no inscrito, inscrito y no publicado o la discordancia entre la inscripción y la publicación, previa prueba del conocimiento del tercero (art. 21.4 CCom).

1.1. *Oponibilidad de lo no inscrito: oponibilidad general (relativa o de la apariencia). Presupuestos*

La mayor novedad de la reforma consiste en que el efecto llamado «oponibilidad» no queda reservado sólo a los datos que acceden al Registro y se publican en el *BORME*, sino que es posible oponer lo no inscrito (o no publicado o la discordancia) si el sujeto obligado a inscribirlos demuestra que se ha producido el conocimiento por publicidad de hecho (art. 21.4 CCom) (33).

La oponibilidad relativa está supeditada a la prueba de la «mala fe» del tercero (34): su conocimiento de lo no inscrito, de lo no publicado o de la discordancia entre la inscripción y la publicación. En el caso de que se pretenda oponer lo no inscrito la prueba se extenderá además al contenido del hecho o acto (35). La necesidad de la prueba impuesta por el artículo 21.4 CCom es la consecuencia necesaria derivada del menor valor jurídico del hecho o acto sujeto a inscripción entre tanto no se haya completado el *iter* de la publicidad legal. *El simple conocimiento extratabular del tercero* (no es necesario que además conozca la discordancia entre la apariencia y el Registro) se identifica con el concepto de *mala fe*. Esta es presupuesto para la oponibilidad de lo no inscrito, ya que el tercero queda amparado por la presunción *iuris tantum* de buena fe del número 4 del artículo 21 CCom y el principio de fe pública.

La carga de esta prueba no resultará muy gravosa al obligado a inscribir, ya que contará con los medios probatorios de la apariencia que él mismo ha generado (36). Aunque para destruir la buena fe del tercero, tendrá que probar

(32) La «relatividad» de este supuesto de oponibilidad hace referencia a los presupuestos necesarios para su eficacia: prueba del conocimiento de la apariencia (realidad) no inscrita.

(33) Es lo que TORRENT, *op. cit.*, *passim*, denomina *protección registral de hechos no inscritos*.

(34) Sobre el concepto de *buena fe*, vid *infra* 12 B).

(35) En cambio si lo que se pretende oponer es lo inscrito no publicado el contenido del hecho o acto será el que conste inscrito, por lo que no será necesario extender la prueba a ese extremo. Lo mismo ocurrirá cuando se pretenda oponer la discordancia entre la publicación y la inscripción.

(36) Prueba de *mala fe* del tercero que, en el primero de los casos del artículo 21.4 CCom (conocimiento del acto sujeto a inscripción no inscrito) no resultará muy difícil ya

la existencia de un conocimiento *efectivo* de la inexactitud o del hecho no inscrito: no es tercero de mala fe el que vagamente tiene noticias de un hecho no inscrito, y sobre cuya realidad o verdad puede tener, además, dudas (37).

La oponibilidad relativa del artículo 21.4 CCom es uno de los fundamentos de la tesis mantenida en este trabajo (38) de que la apariencia (realidad) prevalece sobre el contenido del Registro, ya que éste no es sino un instrumento al servicio de aquélla, pero no la sustituye (como ocurría en la situación previgente) ni la subordina. Como ha dicho PAZ ARES (39), «en realidad, la oponibilidad, que no es más que el reverso de la publicidad negativa, no puede catalogarse como efecto propio del Registro, puesto que sólo opera cuando la realidad extrarregistral coincide con la registral, debiendo entenderse, por tanto, que el efecto lo produce la realidad y no el Registro».

1.2. *Oponibilidad de lo inscrito: oponibilidad registral (absoluta). Presupuestos*

El artículo 21 CCom consagra el carácter general del llamado principio de oponibilidad de lo inscrito (40). En cambio, en el número 1 del referido precepto se hace una referencia tan directa a la buena fe que, aunque autorizadas opiniones lo ponen en duda (41), sería posible mantener que ésta es presupuesto para la oponibilidad de lo publicado en el *BORME*. Para fundar la anterior afirmación es necesario considerar varias cuestiones que pasamos a tratar.

que el conocimiento se habrá derivado de una apariencia creada por el sujeto que pretende oponerla (por ejemplo, revocación o atribución de poderes en escritura pública no inscritos pero notificados al tercero).

(37) GÓMEZ SEGADÉ, *La publicidad...*, cit., pág. 41; MENÉNDEZ, «La buena fe...» cit., pág. 185; PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5397.

(38) Tesis enunciada por GÓMEZ SEGADÉ al comentar el Anteproyecto de reforma en *La publicidad...*, cit. y seguida por autores como TORRENT, *op. cit.*

(39) PAZ ARES, «La Reforma...», cit., pág. 1310, nota al pie.

(40) Siendo un principio de alcance general el legislador se ve en la necesidad de derogarlo parcialmente a propósito de ciertos actos o circunstancias inscritas. Así, v.g., en el artículo 129 LSA en el que, por razones que tienen que ver con el carácter orgánico de su representación, se niega valor jurídico a la inscripción (oponibilidad a terceros de buena fe) de la limitación de facultades representativas de los administradores de la sociedad anónima.

(41) GARCÍA VILLAVEVERDE, «La Reforma...», cit.: «En el artículo 21.1 se hace una referencia tan directa a la buena fe que da la impresión de que el legislador pone ese condicionamiento al juego de la publicidad positiva, lo que, en esos términos, sería exagerado. Cosa distinta sucede con la publicidad negativa, como luego veremos».

- A) El cumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva como presupuesto de la oponibilidad (42)

Aunque la norma no lo exija expresamente, es posible fundamentar que el comportamiento del sujeto inscrito coherente con lo publicado en el Registro es presupuesto necesario para la eficacia de la oponibilidad (43). Invocando el artículo 7.1 CCom, le es exigible a quien pretenda ejercer la facultad de oponibilidad que haya observado en sus relaciones con terceros un comportamiento coherente con el contenido de lo inscrito. De modo que con sus actos no haya creado una apariencia capaz de modificar el régimen de responsabilidad y representación en el que se han de desarrollar sus relaciones jurídicas con los terceros. El incumplimiento de este deber impuesto por la buena fe objetiva (art. 7.1 CCom) puede haberse producido con o sin dolo (44), consciente o inconscientemente (45), pero el resultado es la creación de una apariencia que le es imputable (atribuible por actos propios positivos o negativos) (46).

Como es sabido, la *doctrina de los actos propios* impone límites al ejercicio del derecho derivados de la buena fe. Es un sistema que protege la confianza en la coherencia de la conducta y se exige como decisivo que la confianza haya surgido efectivamente y sea comprobable (47). La actuación no coherente con el Registro implica una renuncia del sujeto inscrito a la ventaja o prerrogativa de *oponibilidad* (que le permite oponer tanto a quien conoce como a quien ignora sin más prueba que la de la fecha de publicación

(42) Sobre buena fe objetiva y subjetiva puede consultarse Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1962; LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1977, págs. 220 y ss.; LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, págs. 145 y ss.; MENÉNDEZ, *La buena fe y el Registro Mercantil*, cit.; MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 7.1 Código Civil», *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Tomo I, págs. 37 y ss.; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Barcelona, 1968, pág. 639 y ss.

(43) Como indica PAU PEDRÓN («Publicidad del Registro Mercantil», cit., pág. 5.394) «los sujetos inscritos sólo pueden utilizar lo publicado, y siempre que lo publicado coincida con el Registro, y coincida también con la realidad».

(44) Si admitimos que a los sujetos inscritos les es exigible un deber de vigilancia y actualización del contenido de su hoja (principio de obligatoriedad de la inscripción), esto es, una *diligencia especial*, la actuación discordante podría ser calificada al menos de *negligente*.

(45) MIQUEL, «Comentario...» cit., pág. 44.

(46) El supuesto del artículo 21.3 CCom no es la excepción a esta regla: es el caso de que el comportamiento del sujeto inscrito es coherente con la inscripción pero no con la publicación del BORME, y esa discordancia no le es imputable. Y no es la excepción porque el 21.3 CCom no trata de oponibilidad sino de *invocabilidad* por el tercero de lo publicado en el BORME si eso le es favorable. No parece posible que el sujeto inscrito en este caso pueda oponer la publicación si su comportamiento no es coherente con ella.

(47) MIQUEL, «Comentario...» cit., págs. 50-51.

en el *BORME*) y, si pretende oponer lo no inscrito, se le obliga a demostrar tanto que el tercero conocía como el contenido de su conocimiento. Esto es, a destruir la presunción de buena fe que ampara al tercero según los artículos 21 CCom y 9 RRM.

La apariencia que habrá generado confianza en el tercero le hará tercero de «mala fe» a los efectos del artículo 21.4 CCom, ya que el conocimiento se lo habrá procurado el propio sujeto inscrito con sus actos. Al incumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva se une, pero previa prueba, la «mala fe» subjetiva de los terceros. «Mala fe» o conocimiento de la realidad que, como veremos más adelante, permite al tercero *utilizar* en su favor la apariencia y *frustar la oponibilidad de lo inscrito* discordante, si le resultara favorable (48).

En realidad el incumplimiento por el sujeto inscrito del referido deber de coherencia tiene como consecuencia principal el cambio del régimen normativo por el que van a regir sus relaciones con los terceros. Se sustituye la aplicación de los principios y las normas *registrales* por los principios y las reglas que rigen la *doctrina de protección de la confianza en la apariencia*. Al tercero que conoce la realidad se le protege con este cambio de marco normativo porque ha confiado en la apariencia. Es su confianza en la apariencia, su *buena fe*, la que le hace acreedor de protección. Si, como se vio anteriormente, el Registro Mercantil es un vehículo de apariencia cualificado, la falta de inscripción de un hecho o acto impide que, respecto de ese hecho o acto, puedan regir las normas y principios registrales para ordenar la relación *entre los que los conocían*. La falta de inscripción desvanece la razón de la especialidad del Registro Mercantil y, para ordenar las relaciones entre quienes generan la apariencia y quienes la conocen, se hace necesario volver al régimen más general de la doctrina de protección de la confianza en la apariencia.

Sentado lo anterior, en el ámbito de las relaciones de un sujeto *inscrito* con los* terceros, dado el concepto de tercero de buena fe del artículo 21.4 CCom, al tercero que conoce la realidad no inscrita (y que se tutela con la doctrina de protección de la confianza en la apariencia y la de los actos propios) se le puede denominar, paradójicamente, como tercero de «mala fe». Pero, en realidad, es el mismo tercero de *buena fe* a quien protege la doctrina de protección de confianza en la apariencia (49). Porque, en última instancia, lo que provoca el primer supuesto del número 4 del artículo 21 CCom (conocimiento de la realidad no inscrita) es la referida sustitución del marco normativo. Siempre que estemos ante un supuesto de *oponibilidad* o de *uti-*

(48) Vid los conceptos de «tercero» y de «buena fe» *infra b*).

(49) Esta paradoja, este absurdo terminológico, es una secuela más de la impronta hipotecarista en la configuración del régimen de publicidad material del registro mercantil.

lizabilidad de la realidad no inscrita estaremos fuera del ámbito registral y dentro del marco de la doctrina de protección de confianza en la apariencia. Para que ese cambio se produzca será necesario probar el conocimiento y la confianza del tercero (su «mala fe» a efectos del artículo 21, o, lo que es lo mismo, su «buena fe» a efectos de protección de su confianza en la apariencia) y la apariencia generada por el sujeto obligado a inscribir.

En resumen, el cumplimiento por el sujeto inscrito del deber impuesto por la buena fe objetiva es presupuesto necesario para la oponibilidad de lo inscrito, o, mejor dicho, para que la prerrogativa de la oponibilidad registral surta eficacia. Con el sistema actual la inscripción ha perdido el valor jurídico absoluto que tenía en la regulación previgente y prevalece la realidad (apariencia). Y, a su vez, la eficacia exorbitante del acto inscrito (la oponibilidad absoluta) está ahora sometida al presupuesto de la conducta coherente del sujeto inscrito beneficiado por ella.

B) La buena fe del tercero como presupuesto de oponibilidad de lo inscrito

a) Caracterización del tercero de buena fe

En primer lugar hay que determinar quién es *tercero* a los efectos del Registro Mercantil y qué se entiende por *buena fe* para que se despliegue la eficacia del Registro.

El tercero (50) al que se protege es el *contractual*, al que se relaciona con un sujeto inscrito directamente (empresario individual) o a través de sus representantes legales o voluntarios. Su definición como *tercero* es fruto de la impronta hipotecarista en la configuración legal del Registro Mercantil. Nada tiene que ver con el *tercero* del artículo 34 LH (51). En nuestro ámbito vale la calificación de tercero en tanto que los hechos o actos que se le van a oponer son el resultado de decisiones (v.g. modificaciones estatutarias o vinculación de bienes gananciales o privativos) o negocios (v.g. aportaciones,

(50) Sobre el concepto de «tercero» véase la bibliografía citada en nota 2; sobre el concepto de tercero en la Primera Directiva véase GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la Primera Directiva del Consejo sobre sociedades (68/151)», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, págs. 1.191 y ss.

(51) En la doctrina hipotecarista, dicho sea de paso, tampoco es clara ni unánime la caracterización del tercero (art. 32 y 34 L.H.). Por lo que respecta a su diferenciación con el *tercero* del Registro Mercantil hay que recordar que el Registro de la Propiedad protege al *tercero* que inscribe. Pero en el Registro Mercantil el *tercero* no inscribe, sino que tiene la posibilidad (que no la carga ni la obligación) de consultar los datos que otro ha inscrito, y la protección se brinda en favor de todo *tercero* (de buena fe) que se relaciona con un sujeto inscrito, sin diferenciar entre los que efectivamente lo han consultado y los que no lo han hecho.

nombramiento de administradores o apoderamientos) que el sujeto inscrito realiza y en los que el tercero no es parte. Pero, atendiendo a la razón por la que resulta acreedor de protección, más que tercero es *segundo* o parte, ya que la protección se le brinda desde el momento que entabla relaciones de tráfico oneroso con el sujeto inscrito como *contratante* e, incluso, *cocontratante* (52).

La buena fe a que se refiere esta norma es *subjetiva* (53), y podría definirse como el *desconocimiento* por parte del tercero de los hechos o actos que modifican o contradicen el contenido de lo inscrito (54). No puede formularse sólo en términos de *confianza en lo inscrito* porque la ignorancia de lo inscrito también es «buena fe». Por contra, «mala fe» será el conocimiento de hechos o actos extrarregistro. La mala fe del tercero no significa necesariamente que conozca la discordancia entre la apariencia y el Registro: significa simplemente que conoce una realidad no inscrita o no publicada o la discordancia entre la publicación y la inscripción.

La buena o mala fe es *simple*, se trata de simple conocimiento o desconocimiento, y no del conocimiento que podría haberse adquirido con cierta diligencia o del desconocimiento que podría haberse evitado con la misma diligencia (55). Además, desaparecida del Código la presunción de conoci-

(52) Baste aquí apuntar la posibilidad de que la protección se extienda a los que no llegan a celebrar el contrato por *ruptura injustificada de negociaciones* imputable al sujeto inscrito. Sobre esta cuestión véase GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.

(53) Sobre este concepto véase bibliografía de nota 42.

(54) Son muy interesantes las consideraciones que respecto del *tercero registral* (mercantil) y las consecuencias frente a éstos de la no inscripción de hechos sujetos a inscripción obligatoria realiza el magistrado FERRÁNDIZ GABRIEL en su voto particular a la SAP Barcelona (sección 15.ª) de 29 de octubre de 1997. En el voto particular, además de distinguir las consecuencias derivadas de la falta de inscripción de un hecho sometido a inscripción obligatoria (la dimisión de un administrador) de aquél cuya inscripción es además constitutiva, se realiza una memorable caracterización del tercero de buena fe: «CUARTO: No hay que olvidar, sin embargo, que lo que se protege con el efecto material negativo de la publicidad no son las ventajas generales de registrar (para atenderlas se establece ya que la inscripción es obligatoria, artículo 4 del Reglamento, o se podría disponer que es constitutiva), sino tan sólo la confianza del tercero en la plenitud de la publicidad registral. Esa tutela de la confianza en la apariencia (negativa) exige que entre lo desconocido por el tercero y su actuación exista alguna conexión que justifique protegerlo ante la realidad ignorada. En efecto, la buena fe que hace inoponible al tercero los hechos inscribibles no inscritos, constituye un estado psicológico de desconocimiento o error... de una realidad que no es cualquiera, sino sólo aquella cuyo conocimiento por el tercero le hubiera llevado a actuar de modo distinto al seguido por haber confiado en el Registro inexacto; esto es, de haber sabido que lo que no publica sin embargo existe. El tercero de buena fe no es más que un tercero confiado, al que la apariencia le ha llevado a un error frente al que debe ser protegido, mediante la inoponibilidad de los efectos derivados del hecho o acto desconocido».

(55) En este sentido PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5.396. Señala el autor cómo sólo en el caso del número 3 artículo 21 CCom (desconocimiento dentro de los

miento del contenido de los libros del Registro no hay fundamento para exigir al tercero diligencia especial alguna (56).

- b) La buena fe del tercero como presupuesto de la oponibilidad absoluta

Como se ha visto, del comportamiento no coherente con el Registro del sujeto inscrito, del que surge la apariencia, se deriva la «mala fe» (en los términos del 21.4 CCom, pero *buena fe* según la doctrina de protección de la confianza en la apariencia) subjetiva del tercero, ya que los términos en los que se desarrolla su relación contractual o precontractual son los dados a conocer por aquél y asumidos por éste. De ahí que la buena fe «registral» sea presupuesto de la oponibilidad *ex* artículo 21.1 CCom

Si lo inscrito y la apariencia *coinciden* la oponibilidad surtirá eficacia jurídica plena. Si *no coinciden* y el sujeto inscrito intenta oponer la inscripción, el tercero podrá *utilizar* (57) la apariencia que a aquél le sea imputable (esto es, probar el comportamiento no coherente del sujeto inscrito) e impedir que surta efectos la oponibilidad. Si es el tercero el que *invoca* (58) la inscripción (al amparo del principio de fe pública y presunción de buena fe) podrá el sujeto inscrito probar la «mala fe» de aquél (su conocimiento de la apariencia extrarregistral) y hacer valer los términos en los que realmente se desarrolló su relación (59).

quince días siguientes a la publicación) la buena fe exigida es *cualificada*, ya que el tercero ha de probar su imposibilidad de conocer.

(56) Ni siquiera si el tercero es un empresario, ya que el Código (dirigido principalmente a ordenar las relaciones entre empresarios) no establece distinciones entre terceros en atención a su cualidad profesional. Podría considerarse que la consulta del Registro es una diligencia exigible a todo ordenado empresario y representante leal, con lo que la (carga de) consulta del Registro es una actividad comprendida en el módulo de diligencia exigible a los terceros que sean, a su vez, empresarios. Pero no hay que olvidar que frente a este dudoso incumplimiento del tercero empresario (que le impondría la carga de la presunción de conocimiento y su consideración como tercero de mala fe) hay un claro incumplimiento del empresario obligado a inscribir, por lo que, en última instancia, estaríamos ante un supuesto de compensación de culpas. En contra, aunque en un trabajo anterior a la reforma, GÓMEZ SEGADE, «La publicidad...» cit. pág. 41, que considera que cuando el tercero sea un empresario le será exigible un deber de diligencia especial, y en «... su actuación profesional, aunque no conozcan algunos hechos, debieran conocerlos, y por tanto, al ser el desconocimiento originado por su negligencia, la mejor sanción es tratarlos como si hubieran conocido, con lo que dejarán de ser terceros de buena fe».

(57) Sobre *utilizabilidad*, vid. *infra* apartado 2.

(58) Sobre *invocabilidad*, vid. *infra* apartado 2.

(59) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1416, afirma que *el tercero que conoce extrarregistralmente los hechos no inscritos no puede aprovecharse de la eficacia de la publicidad negativa*».

Queda una tercera posibilidad, una brecha a la mala fe. Sería el caso de que establecida la relación entre ambos (sujeto inscrito y tercero) en términos discordantes con el Registro, se *opusiera* o *invocara* la inscripción sin contradicción por la otra parte. Este cambio, tácitamente consentido, de las circunstancias de responsabilidad y representación del sujeto inscrito (como marco en el que se ha de desarrollar e interpretar su relación jurídica) que da eficacia a la oponibilidad o la invocabilidad de mala fe, podría admitirse como excepción siempre que, directa o indirectamente, no se esté utilizando como vía para la lesión de intereses de otros sujetos (60).

2. EL REGISTRO COMO «INSTITUCIÓN DE TERCEROS»

Desaparecido el principio de inoponibilidad en su formulación legal, se hace necesario estudiar cuál es el sistema establecido para la defensa de los intereses de los terceros de buena fe en nuestro Derecho positivo.

Vamos a dividir el estudio en dos partes. En primer lugar trataremos de los que llamamos *mecanismos de defensa pasiva*: esto es, aquellos que no exigen actividad por parte del tercero, que despliegan eficacia en su favor como presunciones y actúan vía excepción. Son los instrumentos que articulan la *publicidad material negativa* del Registro, ya que sus efectos protectores de los intereses de terceros de buena fe son los que sustituyen al antiguo principio de inoponibilidad de lo no inscrito. A continuación desarrollaremos los que hemos denominado *métodos de defensa activa*: aquellos que para desplegar eficacia exigen actuación y prueba del tercero en defensa de sus propios intereses, y actúan vía acción.

2.1. *Mecanismos de defensa pasiva*

Como repetidamente se ha manifestado a lo largo de este trabajo, hasta la reforma de 1989, los artículos 24 y 29 CCom positivizaban el principio de inoponibilidad, configurándose doctrinalmente como la *ineficacia* del acto o hecho sujeto a inscripción y no inscrito frente a los terceros (de buena fe). La máxima que lo resumía era «lo no inscrito no es oponible a los terceros (de buena fe)».

La derogación del principio de inoponibilidad (como regla general) merece una valoración positiva ya que las normas actuales permiten un mejor

(60) Como sería el caso de que se estuviera al contenido de lo inscrito para exigir, en vía interna, responsabilidades a representantes legales o voluntarios derivadas de una «extralimitación» del poder inscrito conocida por el tercero y respaldada por el representado.

juego de los valores de la buena fe y significan el reconocimiento de que la apariencia extrarregistral ha de primar en la ordenación de las relaciones de tráfico. Y todo ello es más acorde con los postulados de la Primera Directiva que lo era el sistema anterior.

En cualquier caso según las normas hoy vigentes, la inoponibilidad deducible *a contrario sensu* del artículo 21 CCom no es la inoponibilidad *absoluta* de los antiguos artículos 24 y 29 CCom Es, por virtud del apartado número 4 del artículo 21 CCom, una inoponibilidad *relativa*: el acto no inscrito deja de ser ineficaz ante terceros (inoponible) se prueba que lo conocían.

Como se expondrá en las páginas siguientes el efecto protector de los intereses de los terceros que antes cumplía el principio de inoponibilidad lo surte ahora el principio de fe pública. Pero hay una zona, un grupo de supuestos en los que se plantea conflicto entre sujetos sometidos a inscripción obligatoria y los terceros, en la que el principio de fe pública no nos sirve como criterio ordenador de las relaciones: cuando el sujeto (mejor dicho, su régimen jurídico especializado y distinto del de la Sociedad General), el hecho o el acto que se pretende oponer no sólo no ha accedido al Registro sino que no hay constancia registral previa del sujeto, ni hecho o acto similar que constituya su precedente registral (61).

Para describir el problema y apuntar una solución nos ha resultado claro (y proponemos) el criterio que distingue los actos sujetos a inscripción atendiendo a la existencia o no de previa inscripción en el Registro Mercantil. Según el mismo se pueden clasificar los actos sujetos a inscripción en *actos o hechos primarios* y *actos o hechos secundarios* (62). Aquellos se pueden definir como el hecho o acto creador de una situación jurídica de apariencia que, de ser inscrito en el Registro Mercantil, inicia el tracto sucesivo (art. 11.1 y 3 RRM). Son *hechos primarios* la constitución de una sociedad y la atribución por primera vez de poderes en favor de factor (del primer factor). Son *hechos secundarios* aquellos que modifican o extinguen otros hechos inscritos. Por ejemplo la sustitución de administradores, la revocación de poderes o la transformación de una sociedad.

Por la propia naturaleza *registral* del principio de fe pública, éste para desplegar protección requiere la previa inscripción del sujeto (y sus hechos o

(61) Ocurre algo similar a lo que indican los civilistas a propósito de la zona donde el principio de inoponibilidad cobra autonomía y se diferencia del principio de fe pública (que habitualmente absorbe a aquél): el principio de inoponibilidad actúa autónomamente en los casos en que no hay inmatriculación, esto es, ante la falta de inscripción previa a la adquisición de quién por primera vez inscribe (art. 32 LH). Un resumen de estas cuestiones en GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de cosas y principios...», cit., pág. 631 y bibliografía allí citada.

(62) GARRIGUES en «El Registro Mercantil...», cit., pág. 674, habla de *hechos secundarios*. Igualmente GIRÓN en «Las sociedades irregulares», cit., pág. 185.

actos). Es decir, protege la confianza en los hechos anteriormente inscritos. Ante la falta de inscripción de un hecho primario en el que depositar la confianza la intuición inmediata nos conduciría a la doctrina de protección de confianza en la apariencia como criterio ordenador de las relaciones. Esta doctrina puede ser la adecuada para el tratamiento de la falta de inscripción de los hechos secundarios, incluso ante la falta de inscripción de algún hecho primario (los relativos a la representación del sujeto, acudiendo a las figuras del administrador de hecho y del factor notorio). Pero habida cuenta de la subsistencia en nuestro Derecho de sociedades de capital del principio de inscripción constitutiva la doctrina que protege la confianza en la apariencia es insuficiente y por sí sola inadecuada para determinar las relaciones de responsabilidad de las sociedades externas no inscritas. Por ello, en las páginas siguientes se propone otra vía (*infra B*).

A) La presunción de buena fe y el principio de fe pública

Partiendo de la caracterización del tercero de buena fe a efectos del Registro Mercantil que se ha propuesto en las páginas anteriores es sencilla la descripción de los mecanismos protectores. De *buena fe* es el que contrata con el sujeto inscrito *ignorando* hechos o actos que alteren el contenido de su hoja personal. El tercero puede haber consultado el Registro en cuyo caso conoce su contenido y comprueba que la relación contractual se ajusta a su marco jurídico. De modo que, si durante la vigencia de su relación negocial con el sujeto inscrito éste pretendiera oponerle unas circunstancias distintas (no inscritas a la fecha de celebración de su contrato), le bastará al tercero invocar la protección del principio de la fe pública para impedir que lo no inscrito surta efecto ante él. Recuérdese que según este principio (art. 20.2 CCom y 8 RRM) no pueden ser perjudicados los derechos que adquirió *de buena fe* en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro. Las presunciones de validez de lo inscrito y de buena fe le evitarán tener que demostrar su condición y su confianza en la publicidad legal.

Pero el tercero también puede haber omitido la consulta del Registro en cuyo caso habrá «depositado» en el sujeto inscrito una confianza tal que de la conducta de este (coherente o no con lo inscrito) dependerá la buena o «mala fe» del tercero (su conocimiento y confianza en lo no inscrito), y por tanto su protección en los términos anteriormente expuestos. En realidad no sabrá el tercero si es o no de buena fe (a efectos del Registro) y si debe soportar la carga de la oponibilidad de lo inscrito o de lo no inscrito hasta que una u otra se pretendan ante él. De forma que, si bien la consulta del Registro no es una diligencia exigible a los terceros, sí es una conducta altamente aconsejable para asegurarse *a priori* la protección.

Obviamente cualquier tercero, sea o no de buena fe, puede invocar el principio de fe pública para evitar la oponibilidad de lo no inscrito y descargar en el sujeto inscrito la carga de la prueba de su «mala fe» registral (art. 21.4 CCom). Pero finalmente sólo será eficaz la protección en favor de los terceros de buena fe, esto es, de los que no conocen una realidad no inscrita (63).

Teniendo en cuenta la presunción de buena fe del tercero (que le permite ampararse en lo inscrito) y la posibilidad de que el tercero utilice en su favor, previa prueba, la apariencia discordante (64), se mantiene en el sistema, la antigua opción, de los artículos 24 y 29 CCom, *por lo que le resulte favorable*. Aunque ahora el riesgo de que la «mala fe» del tercero se convierta en un «mecanismo para el fraude» ha desaparecido ya que el sujeto obligado a inscribir puede oponer lo no inscrito (art. 21.4 CCom). Si el tercero conoció una realidad no inscrita, y esta fue el marco jurídico de su relación, no podrá prosperar su opción por el contenido del Registro porque el sujeto inscrito que generó la apariencia discordante podrá probar que aquel la conocía.

B) El carácter constitutivo de la inscripción

La protección que irradia el principio de fe pública queda circunscrita a los supuestos en los que, al menos, el *hecho primario* (el sujeto, sus circunstancias de responsabilidad y sus primeras relaciones de representación) está inscrito y, por tanto, el Registro ha cumplido (aunque sólo sea potencialmente) su función de publicidad legal y despliega eficacia (permite la oponibilidad y la invocabilidad de su contenido y la atribución del concreto régimen jurídico de responsabilidad y representación inscritos). El Registro sirve para la ordenación de las relaciones atendiendo a la inscripción o no de los *hechos secundarios*.

Pero las normas registrales no nos sirven para regular los conflictos de intereses que en el tráfico se suscitan a propósito de la falta de inscripción de los sujetos sometidos a inscripción obligatoria; esto es, no nos sirve para ordenar las relaciones del sujeto con los terceros ante la falta de inscripción del *hecho primario*. Cuando, además, la inscripción del sujeto es *constitutiva* (caso de las sociedades de capital, art. 7 LSA y 11 LSRL) (65) el problema adquiere mayor complejidad habida cuenta de la diferencia entre el régimen

(63) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1416.

(64) La *utilizabilidad* se trata *infra* 2.2. A).

(65) Como es sabido, en tal caso el negocio existe siempre antes y al margen de la inscripción constitutiva, pero su eficacia ante terceros está reducida a la eficacia mínima reconocida a los negocios de su género (la inscripción nunca es un elemento del negocio). Por ejemplo, la sociedad anónima irregular será sometida ante terceros al régimen propio de la Sociedad General (la sociedad civil o la colectiva, según sea su objeto), es decir, la eficacia del negocio constitutivo ante terceros de una sociedad de capital que deviene

jurídico publicado de hecho por el sujeto en sus relaciones de tráfico (el propio de una sociedad de capital) y el previsto por el ordenamiento jurídico para estos casos (art. 120 CCom y 16.2 LSA). Desaparecida de los textos legales mercantiles la inoponibilidad de lo no inscrito como principio general y, por tanto, la sanción de ineficacia externa de las sociedades irregulares ante terceros de buena fe, y vigentes las normas que confirman la existencia *ad extra* de las sociedades mercantiles externas no inscritas (art. 15 y 16 LSA) es necesario encontrar el criterio legal que nos permita ordenar las relaciones de estos sujetos de derecho con los terceros. Se trata de formular el principio que sirva para caracterizar a los terceros de buena fe vinculados con las sociedades irregulares y que informe el régimen jurídico de sus relaciones.

Esta cuestión, de gran complejidad técnica, está a su vez cargada de connotaciones dogmáticas que aconsejan su tratamiento en un trabajo específico al que ahora deben quedar remitidas. Baste adelantar que, en nuestra opinión, también se brinda protección a los terceros de buena fe en el caso de falta de inscripción del hecho primario y que ésta puede venir de la mano del carácter constitutivo de la inscripción (más algún otro elemento). El problema no es tanto describir la técnica de protección y el régimen jurídico aplicable como caracterizar al tercero de buena fe al que proteger.

2.2. La defensa activa del tercero

A) Utilizabilidad

Formulado positivamente por vez primera en el CCom de 1829 (arts. 28 y 29) (66) y en el CCom 1885 como complemento al principio de inoponibilidad (arts. 24 y 29 en su redacción anterior a la reforma de 1989) (67) es

irregular será la misma que la del contrato en virtud del cual se constituye una sociedad externa del modelo básico (aunque *inter partes* surta una eficacia más plena). Antes de la inscripción la existencia del negocio ha de ser probada. Con la inscripción se dota al negocio de eficacia cualificada (plena) *inter partes* y frente a terceros, y de oponibilidad del régimen jurídico de responsabilidad y representación querido por las partes (el propio de una sociedad de capital). En este sentido GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La sociedad de capital en formación*, Pamplona, 1996, pág. 31 y ss.; PAU PEDRÓN, «La publicidad registral de la Sociedad Anónima», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, págs. 32 y ss. En nuestro sistema tienen eficacia constitutiva la inscripción de la constitución de sociedades de capital (art. 7 LSA y 11 LSRL), de la fusión (art. 245 LSA y 94 LSRL) y de la delegación permanente de facultades del Consejo de Administración (art. 141.2 *in fine* LSA).

Inscripción declarativa es la que atribuye eficacia *erga omnes* (oponibilidad) al hecho o acto inscrito, evitando la necesidad de la prueba de su contenido y de su conocimiento por los terceros.

(66) Transcritos en nota 12.

el más tradicional de los mecanismos protectores de los intereses de terceros de buena fe.

Aunque hoy carece de formulación legal expresa en Derecho interno (68), la racionalidad del sistema demanda su vigencia. Si la tutela de la realidad permite al sujeto inscrito oponer lo no inscrito (oponibilidad relativa del art. 21.4 CCom), la misma razón, y a *fortiori* (ya que se consigue la tutela del interés del tercero que ha confiado en la apariencia) permite afirmar la *utilizabilidad* de lo no inscrito por el tercero (69). Como vimos anteriormente, en opinión de la doctrina que comentó la reforma, el Registro es un instrumento al servicio de la apariencia, pero ni la deroga ni la sustituye, sólo la complementa. De ahí que, en nuestra opinión, deba siempre prevalecer en el caso de que ambos mecanismos de publicidad se contradigan. El fundamento último de la *utilizabilidad* reside, precisamente, en la doctrina de protección de confianza en la apariencia y en la doctrina de los actos propios.

Esta facultad del tercero es, a su vez, uno de los efectos derivados del principio de *obligatoriedad de la inscripción* (art. 4 RRM), ya que ejercitada al invocar la realidad (utilización en su favor del acto no inscrito) la falta de inscripción no podrá ser alegada por quien esté obligado a procurarla.

La *utilizabilidad* no es un concepto exclusivo del Derecho registral, sino que es una categoría jurídica que procede del Derecho común de obligaciones y se desarrolla paralelamente al efecto de *oponibilidad* de los contratos. La doctrina civil reserva este término para referir la facultad del tercero de hacer valer una actuación ajena en defensa del interés propio (70). En nuestro ámbito podemos definirla como *la posibilidad que tiene el tercero de invocar en su favor el conocimiento que, vía publicidad de hecho, tiene de los datos no inscritos*. Cuando la ejercita el tercero renuncia a la presunción de buena fe que le favorece y a la protección que le brinda el principio de fe pública, y asume la carga de la prueba del hecho o acto y su contenido (prueba del comportamiento no coherente con el Registro del sujeto inscrito) y de su propio conocimiento y confianza en la apariencia a la fecha en la que trabó relación con aquel (prueba de su propia «mala fe» en la acepción registral del artículo 21.4 CCom). De ese modo puede utilizar frente al sujeto inscrito la apariencia por éste creada, si es que fue el verdadero marco jurídico en el que se desarrolló su relación contractual.

(67) Transcritos en nota 14.

(68) No así en los textos comunitarios. El artículo 3.7 de la Primera Directiva sobre sociedades lo enuncia, como complemento al principio de inoponibilidad, cuando manifiesta que «... los terceros podrán valerse siempre, además, de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad...».

(69) En este sentido TORRENT, op. cit., pág. 1.416.

(70) Sobre este concepto véase Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., págs. 402 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas...», cit., pág. 1.467, y «Comentario...», cit., págs. 322 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección...*, cit., especialmente págs. 72 y ss.

Esta posibilidad ya la enunció GÓMEZ SEGADÉ (71) (con motivo del comentario del Anteproyecto de reforma) al afirmar que «la exigencia de buena fe no juega únicamente en beneficio de la sociedad, sino también del tercero... los terceros de buena fe pueden invocar en su favor los hechos no inscritos o no publicados, es decir, aquéllos en relación con los que no se hayan cumplido los requisitos de publicidad formal...».

Por contra, otro sector de la doctrina española mantiene que la valoración del conocimiento fáctico del tercero no puede extenderse más allá de la posibilidad del artículo 21.2 CCom. No se juzga admisible que el tercero demuestre la existencia de hechos o actos de apariencia en los que confió si son contrarios o discordantes con el Registro. La razón que se aduce carece, a nuestro juicio, de fundamento positivo al tiempo que concede un excesivo valor jurídico a la inscripción. Se afirma que «(S)i se trata de lograr la seguridad del tráfico mercantil, ha de estarse a los datos inscritos y publicados, y no a la siempre difícil valoración y prueba de la apariencia (72). Establecido el Registro, ha de estarse a sus pronunciamientos, y no retroceder a un estadio anterior de evolución en que la protección se dispensa a la apariencia» (73).

En nuestra opinión con el anterior razonamiento se desprotege a los terceros, se prescinde de la buena fe como presupuesto registral y se convierte al sujeto inscrito en «administrador» de la realidad a su capricho.

B) Invocabilidad

Por *invocabilidad* se entiende la posibilidad que tiene el tercero de hacer valer frente al sujeto inscrito (y obligado a inscribir) los datos inscritos (74). Es un efecto derivado de la presunción de buena fe del tercero y el principio

(71) GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad...», cit., pág. 44, cuya opinión es seguida por TORRENT, *op. cit.*, págs. 1411 y ss.

(72) En cambio, GÓMEZ SEGADÉ («La publicidad...», cit., pág. 40), cuando se plantea la posibilidad de que la apariencia prevalezca sobre el contenido del Registro, no considera que se resienta la seguridad del tráfico, sino que al contrario «... esta solución es la más adecuada para la seguridad del tráfico, pues a menudo se confiará más en los hechos y manifestaciones directas que en el contenido del BORME que, aunque genere mayor difusión que la simple inscripción registral, pocos leerán y que, además, puede aparecer con notables retrasos y deficiencias».

(73) PAU PEDRÓN, «Publicidad...», cit., pág. 5396. Estas palabras del autor encajan mal con sus afirmaciones de las páginas 5394 y 5396 de que «el Registro es apariencia... quien ha pretendido abusar de la apariencia no se verá ya protegido por el sistema» y «se permite que el tercero utilice en su beneficio el conocimiento de hecho, aunque no se haya realizado inscripción o publicación, ni ninguno de los dos mecanismos complementarios de publicidad».

(74) La *invocabilidad* es la que PAZ ARES («La reforma...», cit., pág. 65, nota a pie) llama *publicidad positiva* porque se funda en el *decire* del Registro aunque sea falso o inexacto.

de fe pública, que le permiten ampararse en el Registro si éste le favorece. Para la *invocabilidad* basta con la inscripción, esto es, no es necesaria la publicación en el *BORME*. Es uno de los «efectos propios de la inscripción» a que se refiere el artículo 21.1 CCom (75).

El sujeto inscrito podrá, según el artículo 21.4 CCom, evitar que surta efectos la invocación del Registro por el tercero de «mala fe» probando que conocía una realidad distinta a la inscrita.

IV. EL VALOR JURIDICO DE LA APARIENCIA (A MODO DE CONCLUSION)

La reforma ha convertido al Registro Mercantil en un instrumento al servicio de la apariencia (realidad extrarregistral), la seguridad y la agilidad de las relaciones de tráfico.

De la apariencia porque, a través del juego de la buena fe, los datos inscritos sólo prevalecen si son acordes con aquélla. Al tiempo que los sujetos o actos no inscritos no están sancionados con la inexistencia jurídica ni la inoponibilidad absoluta (art. 21 CCom y 9 RRM), sino sometidos a las reglas de la doctrina de protección de confianza en la apariencia y su prueba.

De la seguridad, porque permite el control de regularidad y legalidad de la situación jurídica de los sujetos obligados a inscribirse (art. 20.1 CCom y 7 RRM). Así como les estimula a observar buena fe objetiva (comportamiento acorde con lo inscrito) para poder servirse del principio de oponibilidad.

De la agilidad, porque se presume la validez y eficacia de lo inscrito y libera de la carga de su prueba (art. 20.2 CCom y 8 RRM), al tiempo que agiliza y optimiza la posibilidad de conocimiento a través de un mejor sistema de publicidad formal. El Registro se ha convertido en «el verdadero centro administrativo del tráfico mercantil» (76).

De la realidad, porque, además de contribuir a la progresiva mejora y modernización del sistema registral, ha variado sensiblemente respecto de la situación previgente (cuando al conceder valor jurídico a la inscripción se le negó a la realidad) la perspectiva desde la que hay que contemplar la función del Registro. Con la legislación anterior parecía como si no fuese la realidad, sino sólo el Registro, el entorno en el que se producían las relaciones de tráfico y donde se daban a conocer las circunstancias jurídicas de los sujetos intervinientes. Todo ello fue el resultado de intentar controlar a través del Registro las especialidades en materia de representación y responsabilidad de

(75) En este sentido PAU PEDRÓN, «Publicidad del Registro Mercantil», cit., pág. 5394.

(76) PAZ ARES, «La reforma...», cit., pág. 1307.

las sociedades mercantiles (fundamentalmente de las sociedades de capital), al mismo tiempo que se quería proteger a los terceros que se relacionaban con ellas; sobre todo, a los que se relacionaban con las no inscritas o con las que habían omitido la inscripción de alguna modificación en su régimen de responsabilidad y representación. En definitiva se estaban mezclando planos: el control de regularidad, el valor jurídico de la inscripción (la oponibilidad y la inoponibilidad) y la tutela de los terceros de buena fe. Ahora el sistema es, desde el punto de vista técnico, más perfecto porque los planos discurren paralelos pero no se mezclan. Por un lado en los artículos 20 y 21 del CCom y 7 a 9 RRM se regula la eficacia de la inscripción. Por otro lado, la regularidad (o mejor dicho, la irregularidad) está controlada y sancionada al margen de los principios de publicidad material en el artículo 16.2 de la LSA (77). En éste, como es sabido, se postula la ineficacia frente a terceros del régimen especial de responsabilidad y representación de las sociedades de capital no inscritas (art. 16.2 LSA) pero no se las condena a la «muerte civil» declarando inoponible su existencia. Los intereses de los terceros de buena fe siguen tutelados y la realidad recobra el valor jurídico que transitoriamente se le negó (78).

MERCEDES FARIAS BATLLE
Profesora de Derecho Mercantil.
Facultad de Derecho.
Universidad de Murcia

(77) No obstante, el régimen jurídico dispuesto en este precepto para la irregularidad de las sociedades de capital plantea, como ha puesto de manifiesto repetidamente la doctrina, importantes y complejos problemas, cuya consideración ha de quedar remitida a otro trabajo.

(78) Se ha cumplido así el pronóstico de GÓMEZ SEGADÉ («La publicidad...», cit., pág. 40), según el cual: *«A mi modo de ver, incluso transcurrido el plazo de quince días después de la publicación, y al margen de las normas de publicidad registral, cabría que el tercero demostrase que, actuando con la debida diligencia, ha confiado en circunstancias y hechos claros discordantes con los que han sido objeto de publicidad legal. Siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina alemana, entre la que cabe mencionar a KARSTEN SCHMIDT, estimo que también en el futuro derecho español la protección de la confianza derivada de la apariencia jurídica puede ser más fuerte que la derivada de la publicidad legal. Como pone de relieve el autor citado, «quien provoca o mantiene una apariencia jurídica que es más fuerte que la publicidad registral, queda sometido a la responsabilidad derivada de la confianza en dicha apariencia».*