

La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho comparado)

SUMARIO: I. INTRODUCCION HISTORICA: A) EL CARÁCTER CORPORATIVO Y PÚBLICO. B) SUPERACIÓN DE LA FUNCIÓN CORPORATIVA DE LA PUBLICIDAD. C) LA PUBLICIDAD COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LAS SITUACIONES QUE SE REGISTRAN. D) LOS REGISTROS MERCANTILES CENTRALIZADOS Y LA SISTEMATIZACIÓN DE LA EFICACIA PUBLICITARIA.—II. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO DE COMERCIO FRANCÉS.—III. LA EFICACIA PUBLICITARIA DEL REGISTRO MERCANTIL ALEMÁN.—IV. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO ITALIANO DE LA EMPRESA.

I. INTRODUCCION HISTORICA

La exposición y el estudio de la situación actual del tratamiento de la eficacia de la publicidad registral mercantil en los sistemas básicos del Derecho comparado no puede prescindir de una referencia a su evolución histórica en cuanto que ésta justifica en gran parte el porqué de la situación presente.

La eficacia de la publicidad registral, tal y como hoy se contempla, es el resultado de una lenta evolución en la que se han ido perfilando tanto los institutos que hoy la tienen encomendada —los Registros Mercantiles— como los que son sus manifestaciones de carácter sustantivo —los efectos—. La exposición de esta evolución a través de una serie de fases, caracterizadas por una distinta y peculiar concepción de la finalidad y de la función de la publicidad, sólo puede hacerse bajo el entendimiento de que nunca hubo efectivamente una clara y absoluta separación entre las mismas. Toda fase lleva consigo restos de la anterior y contiene el germen de la siguiente, y su acotamiento sólo se hace en función de una mejor aprehensión de la construcción técnica, pero nunca con una finalidad de dividir en

compartimentos estancos la evolución histórica de la figura de la eficacia registral mercantil.

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, que transcurre desde principios de la Baja Edad Media hasta el momento actual y que es la que con grandes dificultades ha servido para la configuración del efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito. Y de otro, una influencia de carácter esencialmente *hipotecarista* que ha contribuido no sólo a ampliar el abanico de los efectos registrales en el campo mercantil al traspasar efectos acuñados en el terreno del tráfico inmobiliario (fundamentalmente las presunciones de exactitud, veracidad y legalidad de lo inscrito), sino también a perfeccionar el desenvolvimiento del efecto típico de la eficacia registral mercantil de la inoponibilidad de lo no inscrito. Y esta influencia de los Registros inmobiliarios o se ha materializado en los textos de Derecho positivo que los han recogido (así en el régimen jurídico de la publicidad legal del Registro Mercantil español) o se han intentado introducir a través de la doctrina y de la jurisprudencia mediante una interpretación, a veces desmesurada, de los preceptos que constituyen los respectivos sistemas registrales (así en los Ordenamientos italiano y esencialmente alemán). Si bien no todos los Ordenamientos los hayan acogido ni legal ni doctrinalmente, probablemente debido al hecho de la técnica propia de los Registros inmobiliarios de estos países que se basan esencialmente en el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito y que dan muy limitada relevancia al alcance de los efectos presuntivos (así en Francia). Lo que, indudablemente, condiciona la evolución de los respectivos Registros Mercantiles.

El desarrollo de la eficacia publicitaria puede, con las salvedades indicadas, dividirse en las siguientes fases (1):

- a) El carácter corporativo y público de la publicidad.
- b) Superación de la función corporativa de la publicidad.
- c) La publicidad como elemento constitutivo de las situaciones que se registran.
- d) Situación conformadora de los Registros Mercantiles centralizados y de sistematización de la eficacia publicitaria.

(1) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., habló en su momento de «solución corporativa», «solución negocial» y «solución registral», estableciendo una división que se toma como punto de partida. «Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros Ordenamientos europeos. Curso de conferencias sobre Derecho comunitario europeo (1975)». Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1976, págs. 58 y sigs.

A) EL CARÁCTER CORPORATIVO Y PÚBLICO DE LA PUBLICIDAD

Los primeros antecedentes sobre los que se puede hablar con alguna certeza como origen remoto de la eficacia publicitaria van directamente ligados al nacimiento de las ciudades. El auge y desarrollo de los comerciantes y artesanos como elemento fundamental para el mantenimiento de los núcleos ciudadanos en cuanto sujetos **intermediadores** entre el campo y la ciudad, a la vez que productores de los medios indispensables para la vida cotidiana y su participación en el ejercicio del poder político en las ciudades, van a ser la causa de una serie de consecuencias directamente ligadas al nacimiento de lo que podría considerarse el embrión de la actual publicidad registral.

La necesidad tanto de establecer un cierto control público sobre las relaciones de intermediación entre los productores y los consumidores, como un movimiento de defensa de sus intereses corporativos por parte de este núcleo de origen fundamentalmente burgués y ciudadano van a dar una nota esencialmente corporativista a estos antecedentes publicitarios al enmarcarlos dentro del afán proteccionista y de control del ejercicio del comercio en beneficio de sus afiliados que, de alguna forma, conlleva necesariamente el control monopolístico del mercado (2). Sin que esto signifique que estas construcciones corporativistas sólo supusieron un efecto retardatorio, sino que, por el contrario, en cierta medida, también constituyeron un logro en la construcción de nuevos cauces legales de expresión.

La participación directa de los comerciantes en los órganos administrativos de las ciudades a través de sus consejos municipales, la no clara distinción entre el interés general y el del comercio de una forma tal que muchas veces se mezclan en los estatutos de las ciudades las que hoy denominaríamos normas de verdadero carácter administrativo con normas genuinamente de naturaleza privada mercantil y la tendencia a una cierta equiparación entre las organizaciones de los mercaderes y el poder consular (3) pone de relieve una conexión innegable entre el nuevo orden económico y el político y jurídico.

Los gremios fueron las organizaciones que con diversos nombres (artes, colegios, asociaciones de oficios, etc.) encauzaron aquellas finalidades (4)

(2) MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 58.

(3) PAVONE DE LA ROSA, A., // *Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 4 y sigs.; REHME, P., *Historia universal del Derecho Mercantil* (traducido por GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1914., pág. 102; WEBER, M., *Economía y sociedad*, t. II, México, 1969, págs. 970 y sigs.; GOLDSCHMIDT, L., *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1981, págs. 159 y sigs., y 169 y sigs.

(4) WYSA, G., *Les effets externes de V inscription au Registre du commerce*, Lausanne, 1950, págs. 10 y sigs.

y cuyo origen más claro se da en las ciudades italianas (Pavía, Florencia, Milán) de los siglos XII-XIII, mientras que el desarrollo gremial en el centro y norte de Europa se produjo en una fase más tardía y con una menor importancia (5).

Con independencia de aceptar o no las tesis de carácter absolutamente publicista mantenedoras de la idea de los gremios como una creación de los poderes públicos hecha con la finalidad de control e inspección de las incipientes relaciones comerciales (6), lo que sí es posible afirmar es la gran incidencia de los gremios en las decisiones de los asuntos que afectaban a la ciudad y la finalidad de protección que cumplían con respecto a los afiliados inscritos en las listas de sus respectivas matrículas.

Las ideas sobre el poder municipal, el poder de los gremios y el proteccionismo de los agremiados se mezclaron hasta constituir un todo difícilmente deslindable.

La adscripción de los comerciantes y de los artesanos a sus respectivos gremios se efectuaba mediante su inscripción en las listas de sus respectivos Registros —las matrículas— que tenían las diferentes Corporaciones (7). Y es en esta inscripción en donde se ha querido ver el origen remoto de los actuales Registros Mercantiles y de su función publicitaria (8), si bien sólo con grandes reservas se puede partir de este supuesto.

Aunque la inscripción en las respectivas listas de matrícula fuera obligatoria para los comerciantes (9), la cualidad de comerciantes no proviene de su adscripción a un gremio, sino del mero ejercicio de la actividad comercial. Y la falta de inscripción tenía unas consecuencias de carácter básicamente sancionador y llevaba consigo la imposibilidad de valerse de los privilegios propios de su estatuto (10). De otro lado, no hay que olvidar que el gran comercio interlocal aparece casi siempre emancipado de cualquier ordenación profesional (11).

La inscripción de los comerciantes y de los artesanos no puede deslindarse del relieve publicista de los gremios y de su función en las organi-

(5) RINTELEN, M., *Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregister*. Beilageheft zu Bd. 75 ZHR, 1914, págs. 2 y sigs.; RHEME, P., *ob. cit.*, pág. 103.

(6) Sobre el tema *vid.* PIRENNE, H., *Historia económica y social de la Edad Media*, México, 1970, pág. 132; GARCÍA VALDEAVELLANOS, L., *Historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1970, pág. 285.

(7) PUGLIATTI, S., *La Trascrizione*, Milano, 1957, pág. 185.

(8) Así se admite de forma bastante generalizada desde los estudios de LASTIG, G., *Entwicklung und Quellen des Handelsrechts*, Stuttgart, 1887.

(9) SAPORI, A., *Le matricole della arti nel secolo XIII-XIV e V attuale registro de lle imprese*, Rev. Soc., 1956, t. I, pág. 636.

(10) SAPORI, A., *ob. cit.*, pág. 636; PAVONE DE LA ROSA, A., *ob. cit.*, pág. 5.

(11) RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 81.

zaciones municipales y en la nueva organización política (12). Y ésta, desde luego, no era la de proteger a los terceros mediante la presentación de situaciones jurídicas en las que pudieran confiar y ni tan siquiera la de brindar de forma general un posible examen público de sus libros (13). O por lo menos no fue así durante un gran período de tiempo.

Es realmente dudoso el ver en el fundamento del nacimiento de los gremios y de las matrículas un claro antecedente de lo que es la función de la actual publicidad registral mercantil. La inscripción no tenía otra función que la de ser un instrumento de control de la producción y de protección de la competencia frente a los agremiados, «pero respondiendo fundamentalmente a finalidades de Derecho público» (14).

A pesar del señalado carácter publicista de los Registros de los comerciantes es posible afirmar que a partir de los siglos XIII-XIV se desarrollan unos efectos que permiten sostener la existencia del germen de una visión privada de la publicidad superadora de ese originario carácter marcadamente publicista y corporativo (15).

El desarrollo de las relaciones comerciales llevaba consigo, lógicamente, la necesidad de que los comerciantes quisieran individualizarse en el ejercicio de su actividad a efectos de concurrencia y delimitar su sometimiento a sus propios tribunales y, de otro lado, el que los terceros presionaran en aras de obtener una mayor información sobre la organización del comerciante con el que se relacionaban (16) en torno fundamentalmente a la clarificación de las relaciones de responsabilidad y representación. No obstante, no aparece con claridad todavía la trascendencia del contenido de los libros a conocimiento público ni tampoco el de su eficacia más allá de constituir un principio de prueba entre comerciantes y a su favor frente a terceros (17).

Esta doble presión tuvo como consecuencia, por un lado, una introducción paulatina por parte de los gremios y de los consulados de una cierta publicidad formal de sus libros frente al carácter secreto y meramente interno con el que se venía desarrollando, y de otro lado, el nacimiento

(12) Esta vertiente pública de los Registros en las matrículas y su relativa eficacia de naturaleza privada fue resaltada en su momento por MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 59.

(13) AFFERNI, V., «Registro delle Imprese. Ceni storici e di Diritto comparato», *Novissimo Digesto Italiano V, XV, Torino, 1968*, págs. 168 y sigs.

(14) REHME, P., *ob. cit.*, pág. 128. Esta construcción eminentemente pública de las matrículas y el relativo alcance de su eficacia privada fue resaltada por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 59.

(15) MOSSA, L., «Albori del registro di commercio nel libro della comunita dei Mercanti Luchesi di Brugia», *NRDC*, año 1953, pág. 192; PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 7. En contra, AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.

(16) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 7.

(17) AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 186.

de múltiples Registros (sociedades, poderes, etc.) (18) que si bien en un primer momento iban dirigidos en muchos casos a proteger más el interés del comerciante inscrito que el del tercero posible interesado (19), pronto se convirtieron también en un instrumento de protección de terceros (20).

Al lado de las tradicionales matrículas de los comerciantes se desarrollan, pues, Registros de sociedades, de marcas, de poderes, etc., que eran tenidos o por las mismas Corporaciones, o por los Municipios, o por los Tribunales de Comercio, garantizando al que inscribía en los términos de la inscripción (por ejemplo, garantizando al comerciante en los términos del poder y en su cancelación). Paralelamente se va desarrollando una tenue aunque constante protección hacia los terceros que confiaron en las situaciones registradas a través de la técnica de la inoponibilidad de lo no inscrito (fundamentalmente en materia de revocación de poderes y exclusión de socios) (21), aunque en la mayoría de los casos se trata más de un principio de prueba que de una manifestación de un sistema de presunciones (22).

El declive de la función pública de los gremios y de la consiguiente inscripción en las listas de las matrículas y la aparición de una tenue función publicitaria de naturaleza privada manifestada a través de diversos Registros (poderes, sociedades) descentralizados en su llevanza (gremios, municipios, tribunales), que supone una cierta protección a los terceros (comienzo de una relativa oponibilidad) va a constituir el eslabón anterior de una etapa en la que la absoluta decadencia del sistema gremial y la ya clara institucionalización de «registros mercantiles» con una función puramente privada configuran lo que son el antecedente claro de las constantes de la moderna visión de la eficacia de la publicidad registral.

B) SUPRESIÓN DE LA CONCEPCIÓN CORPORATIVA DE LA PUBLICIDAD

El transcurrir de los siglos XVI a XVIII supone un enfrentamiento entre el desarrollo económico que se va constituyendo en la antesala de la revolución burguesa y las estructuras jurídicas que se le oponen. El régimen corporativo, y con él los gremios y las matrículas, empiezan a caer en desuso frente a los nuevos principios económicos que demandan una mayor

(18) GOLDSCHMIDT, L., *ob. cit.*, pág. 241.

(19) REHME, P., *ob. cit.*, pág. 80.

(20) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 186.

(21) PAVONE DE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(22) AFFERNI, V., «Il Registro delle Imprese», *Novissimo Digesto*, vol. 15, pág. 180; SAPORI, A., *ob. cit.*, págs. 633 y sigs.

libertad de los controles económicos (23). Se produce un decaimiento tanto del instituto encargado del control registral como de la misma función que el control registral venía cumpliendo.

Las Corporaciones gremiales van a ir dejando su lugar de forma evidente a los Tribunales y a los Municipios de las ciudades, que pasan a ocuparse de las funciones registrales y publicitarias (24); pero, a la vez, la función de la publicidad cambia de signo y va a estar directamente dirigida a la protección de los terceros, si bien no siempre con unas técnicas absolutamente similares a las actuales.

Mientras la superación de los gremios y de las matrículas es un fenómeno que se desenvuelve casi simultáneamente en toda la Europa comercializada hasta acabar con su abolición (25), las bases de la técnica actual para la defensa de los terceros a través de la publicidad registral mercantil son de influencia netamente germánica (26).

El desplazamiento de las relaciones comerciales y su incremento durante los siglos XVI-XVII hacia el norte de Europa produjo un simultáneo desplazamiento de los institutos registrales mercantiles. «Los protocolos» van a constituir el antecedente inmediato de la actual concepción de la publicidad registral mercantil, que gira en torno al carácter abierto y público de los Registros Mercantiles. Son aquéllos los que recogiendo probablemente la tradición de los libros y de los documentos municipales en los que se hacía constar los negocios más importantes y que gozaban de un privilegiado valor probatorio (27), junto con la existencia diseminada de determinados Registros Mercantiles, van a constituir el antecedente inmediato de la actual función de la eficacia de la publicidad registral mercantil.

El establecimiento en los Municipios o en los Tribunales del centro y del norte de Europa, y básicamente en los de ámbito germánico, de estos Registros descentralizados (poderes, sociedades, firmas, etc.) que se desarrollan frecuentemente bajo el nombre de protocolos (Ragionenbuch de Ausbourg y de Strasbourg de 1763; los Mercantilprotokollen de Viena de 1717; de Ginebra de 1673; etc.) contienen ya el origen de alguno de lo que son hoy los efectos de la publicidad registral mercantil y esencialmente el de la oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito. Estos Registros además de ser públicos protegen ya a los terceros que pueden valerse de las situaciones inscritas, mientras que, por el contrario, no pueden verse afectados por aquellas otras que no lo estuvieran (28).

(23) RUBIO, J., *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pág. 78.

(24) WYSSA, G., *ob. cit.*, pág. 13; AFFERNI, V., *ob. cit.*, págs. 180 y sigs.

(25) Así la Ley de 17 de marzo de 1791 los suprimió en Francia.

(26) RINTELEN, M., *ob. cit.*, págs. 115 y sigs.

(27) REHME, P., *ob. cit.*, págs. 105 y 129.

(28) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 186 y sigs.; RINTELEN, M., cita como ejemplos de

La constitución de Registros Mercantiles con efectos meramente de carácter privado construidos en torno a la técnica de la oponibilidad e inoponibilidad va a ser la aportación germánica a la técnica de la eficacia publicitaria registral mercantil y que siendo recogida durante la época de la codificación primeramente por los Códigos que estaban fuera de la inspiración francesa (así el ADHGB de 1861 y el HGB de 1897) se extiende ya hoy a través de todos los Registros Mercantiles (29).

C) LA PUBLICIDAD COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LAS SITUACIONES QUE SE REGISTRAN

Junto al descrito sistema de instituciones con una clara función registral basada esencialmente en lo que hoy constituye el efecto de oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito se desarrolla otro modelo que difiere de aquel de modo notorio y que con mayor o menor fuerza va a tener su influencia en las legislaciones latinas hasta el mismo siglo veinte. Se trata del sistema registral francés basado en lo que acertadamente se ha denominado «la situación negocial» (30). La supresión en Francia del sistema corporativo, que finaliza formalmente con la abolición de los gremios por la Ley de 17 de marzo de 1791, no llevó aparejada la creación de instituciones registrales que asuman una verdadera función publicitaria. Y ello probablemente debido al recelo sobre la reminiscencia de posibles rasgos corporativos que pudieran verse en la existencia de los Registros de comerciantes, como posiblemente también debido a la inexistencia de una tradición formalista y de publicidad registral dotada de una cierta eficacia sustantiva registral semejante a la que en defensa de los terceros se había desarrollado en el período anterior en los territorios de influencia germánica, y no sólo además en el ámbito mercantil, sino también en el propiamente inmobiliario, ya que salvo en las regiones conocidas bajo la denominación de «pays de nantissement», frente a los denominados «pays de Droit commun», la ausencia de formalismos y su sustitución por la entrega, incluso ficticia, era la norma general (31).

estos Registros a los Protocolos de Frankfurt (s. XVI), los Libros de Ausburgo (s. XVII) y las Ordenanzas de Leipzig (s. XVII), *ob. cit.*, págs. 117 y sigs., y 353 y sigs.

(29) Ver a estos efectos el estudio del Registro Mercantil en Alemania y su comparación con el Registro Mercantil francés.

(30) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *ob. cit.*, pág. 60.

(31) COLORNI, V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliaria*, Varese, 1968, págs. 200 y sigs.; PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 149 y sigs., y 160 y sigs.; sobre lo tardío de la instauración de un sistema de publicidad registral inmobiliaria y las dificultades de su admisión en el Ordenamiento francés, *vid. Díez-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, *ob. cit.*, págs. 252 y sigs.

Curiosamente, sin embargo, la decadencia y desaparición del sistema corporativo no llevó consigo la desaparición de los Tribunales de Comercio, sino que, por el contrario, se mantuvieron y aumentaron su actividad. Y va a ser sobre ellos como se intentó construir una relativa publicidad de las situaciones de contenido negocial relevantes para el tráfico cuya inscripción en aquellos se posibilita (32). La construcción francesa de la publicidad se efectúa en este período histórico con una técnica inadecuada basada en la declaración de la nulidad de aquellas situaciones no inscritas para las que su inscripción en los Tribunales de Comercio tuviera un carácter preceptivo (por ejemplo, artículo 6 sobre autorización de menores para el ejercicio del comercio; título VIII sobre regímenes matrimoniales; artículo 2 del título IV sobre sociedades, etc., de la Ordenanza de Comercio Terrestre de 1673). Y esta técnica va a perdurar en su influencia en algunas legislaciones europeas hasta épocas recientes, como habrá ocasión de exponer al describir la situación de los diferentes modelos básicos de Derecho comparado.

La defensa de los terceros a través de la consideración como constitutiva de la inscripción en los Registros llevados por los Tribunales de Comercio de todas aquellas situaciones inscribibles se revela como inadecuada para una eficaz defensa de los terceros en cuanto que puede llegar a producir efectos perjudiciales para ellos en contra del amparo que realmente se quiere conseguir. La nulidad de las situaciones publicables y que no lo fueron lleva consigo la nulidad de todo lo actuado en función de ellas, lo que produce no sólo inseguridad del tráfico, sino también el que las consecuencias de la nulidad no tengan que ser necesariamente las más ventajosas para el tercero que actuó confiado en la legalidad de las situaciones aparentes con las que se enfrentaba en lo que es la actuación normal del tráfico. La nulidad podrá tener su razón de ser como mucho entre los que fueron parte de una situación inscribible y que no lo fue, pero no de forma inexorable frente al tercero, al que debería concedérsele en todo caso la posibilidad de optar o no por la nulidad de las situaciones no inscritas. Y es en este sentido en el que ya algunos comentaristas de las Ordenanzas criticaron la bondad de esta técnica de la nulidad de las situaciones no inscritas como defensa del tráfico y de los terceros (33) y en el que la realidad del tráfico se impuso haciéndolas caer en desuso (34). Sin embar-

(32) La Ordenanza de 1673 (Título XII) reguló los Tribunales de forma extensa y la Ley de 1790 mantuvo y extendió sus competencias.

(33) JOUSSE, *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce du mois de mars 1673*, Poitiers, 1828 (con notas de BECANE), págs. 86 y sigs. y 225, recogido por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, p. 60.

(34) AFFERNI, V., // *Registro de lle Imprese. Trattato di Diritto Commerciale* (dirigido por GALGANO), v. II, L'impresa, Padova, 1978, pág. 163.

go, esta misma técnica pasó al Código de Comercio francés de 1807, desde donde a pesar de múltiples críticas persistió y extendió su influencia a otros países, constituyendo la otra línea de influencia en la configuración de los sistemas de eficacia registral, que junto a la de origen germánico influyeron en los diversos Ordenamientos europeos, tal y como se verá al examinar el Derecho comparado.

D) LA CONSTRUCCIÓN DE LOS REGISTROS MERCANTILES CENTRALIZADOS
Y LA SISTEMATIZACIÓN DE LA EFICACIA REGISTRAL

El período que parte desde la Codificación contribuye a la unificación y creación de los Registros Mercantiles centralizados en torno a los cuales se va a ir construyendo la eficacia de la publicidad registral basada en el efecto de la inoponibilidad de lo inscrito, aunque todavía pervivan durante un cierto tiempo los efectos de la técnica francesa de la nulidad de lo no inscrito, si bien de otro lado se pugne por la extensión al campo registral mercantil de otros efectos doctrinales más genuinamente propios del campo registral inmobiliario. E incluso se manifiesta una nueva visión registral tendente a construir el Registro Mercantil más sobre la base de la empresa y el empresario que sobre el tradicional soporte del comerciante. Pero todo esto constituye ya parte de una línea de actuación que sin solución de continuidad llega hasta nuestros días y que por lo tanto ha de tener su tratamiento dentro de lo que es propiamente la exposición del Derecho comparado.

La exposición de los principales sistemas registrales mercantiles europeos y su análisis crítico en un proceso evolutivo de acercamiento de los diversos Ordenamientos, que el marco de la Comunidad Europea potencia y estimula, se constituye así en objeto de estudio a través de modelos esenciales del Derecho comparado.

La progresiva perfección del modelo de eficacia publicitaria del Registro de Comercio francés, el intento doctrinal de desarrollo de la eficacia registral del Registro Mercantil Alemán y el intento de construir un Registro de la empresa en la legislación italiana son los ejes en torno a los cuales gira el progresivo desenvolvimiento de los Registros Mercantiles francés, alemán e italiano desde la Codificación hasta nuestros días.

II. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO DE COMERCIO FRANCÉS (*)

La más que probable modificación de nuestro sistema registral mercantil como consecuencia de su necesaria adecuación a la normativa comunitaria, aconseja tener presente en todo momento los modelos existentes en los demás ordenamientos jurídicos de los países comunitarios.

La reciente publicación del Decreto de 30 de mayo de 1984 sobre el Registro de Comercio de Sociedades en Francia hace así necesario el estudio del sistema que presenta y sirve además de pretexto para la realización de un examen ponderado y crítico de la evolución del tratamiento de los efectos publicitarios en el Registro de Comercio francés.

La finalidad que con este trabajo se persigue no es por lo tanto otra que la de ofrecer una representación del sistema material de la eficacia publicitaria y de su valoración crítica, tratando de resaltar exclusivamente el sistema de efectos registrales sobre los que la institución se estructura; por lo que, salvo en lo inevitable, se prescinde conscientemente de la exposición de todos aquellos temas que son tradicionales en el tratamiento de la institución registral (organización, situaciones inscribibles, la función constitutiva y declarativa de la inscripción, la calificación y control, etc.).

1. CARÁCTER Y JUSTIFICACIÓN DE LA EXPOSICIÓN EVOLUTIVA DEL SISTEMA

El conjunto de principios que constituyen «la publicidad» del sistema jurídico francés, tanto en su vertiente hipotecaria e inmobiliaria como en su vertiente mercantil, Registros de la Propiedad y de Comercio respectivamente, pertenecen a los sistemas que centran su eficacia publicitaria registral en torno al efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito (35).

El sistema de publicidad registral mercantil francés ha sido el fruto de una lenta y continua evolución que, dejando aparte los antecedentes que van hasta la caída del Antiguo Régimen, se desarrolla en el período que transcurre desde la publicación del Código de Comercio en el año 1807 hasta la

(*) Vid. SEQUEIRA, A., «La eficacia publicitaria en el Registro de Comercio francés», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 1.475, diciembre 1987, págs. 3818 y sigs., que ahora se actualiza.

(35) LACRUZ BERDEJO, J. L., y Asís SANCHO, F., «Derecho inmobiliario registral», *Elementos de Derecho Civil*, III bis., Barcelona, 1984, págs. 25 y sigs.; ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1968, págs. 145 y sigs.; GIMENEZ ARNAU, E., «La reforma del sistema inmobiliario francés», *RCDI*, núm. 157, año 1941, págs. 521 y sigs.; RIPERT, G. (12 edición, por ROBLET, R.), *Traité élémentaire de Droit Commercial*, t. I, París, 1986, págs. 143 y sigs.; RODIERE, H., y HOUIN, R., *Droit Commercial*, t. I, París, 1970, págs. 94 y sigs.

última disposición del Decreto número 84-406, de 30 de mayo de 1984, que regula sistemáticamente «el Registro de Comercio y de las Sociedades».

Este largo período, de casi dos siglos de duración, muestra un itinerario que parte desde la prácticamente inexistencia de una clara publicidad registral hasta su actual situación, que aun manteniendo la publicidad registral dentro del marco de los sistemas con efectos de mera inoponibilidad a terceros de los hechos no inscritos se aproxima a los sistemas registrales con efectos de presunciones legitimatorias. El proceso constituye una línea de continuidad que, sin grandes saltos ni discontinuidades, muestra la evolución de un sistema que hoy constituye uno de los dos fundamentales sobre los que se asientan los diferentes sistemas registrales mercantiles: Sistemas de inoponibilidad de lo no inscrito y de presunciones de exactitud y veracidad de lo inscrito.

Este lento discurrir requiere y justifica la exposición evolutiva del sistema en cuanto que cada período es un engarce entre el anterior y el que se empieza a desarrollar, pero sin que nunca pueda llegar a hablarse de corte o ruptura entre ellos.

Aunque es el período codificador el punto del que hay que partir como precedente inmediato para la construcción del actual sistema registral francés, la existencia de tres hechos previos que por su especial naturaleza tienen cierta relevancia para el Derecho francés hace que deba procederse, aunque sólo sea muy someramente, al examen de los mismos por su incidencia en la configuración del Registro de Comercio francés.

Uno es el hecho conocido de que, sin ignorar las situaciones que al mismo tiempo se producían en otras naciones, fue Francia el país que de una manera más rigurosa desencadenó el paso de una sociedad medieval y estamental a otra industrial regida, aunque con ciertas atenuaciones, por el principio de libertad en el campo industrial y del comercio. Ello trajo consigo, como consecuencia, la desaparición y abolición de los gremios en cuanto exponente fundamental de una sociedad de compartimentos estancos (36), repercutiendo en lo que hubiera podido constituir el antecedente formal inmediato de un Registro Mercantil al desaparecer con ellos las listas de los afiliados al gremio que servían de base a ciertas presunciones (37).

El otro hecho es la existencia y el mantenimiento a pesar de la Revo-

(36) Las Corporaciones fueron suprimidas por la Ley de 17 de marzo de 1791. GODECHOT, J., *Los orígenes de la Revolución francesa*, Barcelona, 1974, págs. 11 y sigs.

(37) Entre ellas fundamentalmente el carácter de comerciante de la persona inscrita, aunque en realidad eran presunciones que miraban más al régimen interno de los gremios y a sus consecuencias jurídico-públicas que a lo que hoy entenderíamos como **publicidad frente a terceros**. PIRENNE, H., *Historia económica y social de la Edad Media*, México, 1970, págs. 131 y sigs.; GARCÍA VALDEAVELLANO, L., *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1979, págs. 285 y sigs.

lución Francesa de los Tribunales de Comercio (la Ley de 1790 no sólo mantiene estos tribunales, sino que además aumenta su competencia en los asuntos marítimos), que desempeñaron una actividad publicitaria durante el período anterior a la publicación del Código de Comercio al exigir la publicidad y registro de determinados hechos bajo graves penas que incluían la nulidad del acto mismo (así, por ejemplo, el título 8.º, arts. 1.º y 6.º de la Ordenanza de 1673 con respecto a la publicación de los regímenes matrimoniales y de las sociedades), sin ofrecer un claro deslinde entre los conceptos y las consecuencias jurídicas que derivan de las diferencias que existen entre publicidad y forma, y mucho menos una efectiva regulación de la publicidad registral mercantil y de sus posibles efectos.

La importancia de las funciones de estos Tribunales de Comercio y la continuidad y evolución de la institución llevó a que, ante la no regulación por el Código de Comercio de un Registro Mercantil por su consideración como posible manifestación de situaciones clasistas y estamentales, fueran ellos los encargados de una publicidad que contenía ya claramente los gérmenes del sistema francés de inoponibilidad registral, si bien de un modo un tanto parcial y asistemático. Se puede afirmar, pues, que los Tribunales de Comercio constituyen el antecedente inmediato y central de la publicidad registral y mercantil.

Por último, hay que señalar la posición, más de carácter doctrinal que legal, que vino afirmando bajo la no completamente acertada interpretación del Código de Comercio francés, que el Derecho Mercantil dejaba de ser un ordenamiento de comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional, para pasar a ser el Derecho de unos actos especiales, con indiferencia de la situación de comerciante o no del que los realiza (38).

Esta concepción fue, con probabilidad, determinante para la no posterior inclusión en el Código de Comercio francés de un instituto registral mercantil por temor a que pudiera verse en él la subsistencia de viejas concepciones de clase, a pesar de que el Código de Comercio francés nunca prescindió del comerciante como figura central del Derecho Mercantil y de contar con antecedentes históricos de intensa publicidad inmobiliaria (39).

La concatenación estrecha entre las diferentes fases por las que transcurre la evolución del sistema publicitario (desde el Código de Comercio, pasando por la Ley de 1919 y el Decreto 1953, configuradoras del Registro de Comercio, hasta su actual conformación a raíz de las reformas que surgen a partir de 1967 y que desembocan en el vigente Decreto de 30 de

(38) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *Traité de Droit Commercial*, París, 1954, pág. 166.

(39) Se intentó regular un sistema general de la publicidad durante la Revolución y se introdujo un atenuado sistema de transcripción y de inoponibilidad para el tráfico inmobiliario raíz de la Ley de II Brumario del año VII.

mayo de 1984) se construye como un conjunto de eslabones en el que cada período reforma, manteniendo lo esencial, el período precedente, a la vez que pone las bases que darán lugar a la construcción del período siguiente. Este transcurrir hace que sea necesaria la exposición de todo el proceso evolutivo, no como justificación de un análisis histórico, sino como explicación de un presente que es, en gran parte, historia.

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA PUBLICITARIO DESDE LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS HASTA LA LEY DE 1919, INSTAURADORA DEL REGISTRO DE COMERCIO

A) *La situación en el Código de Comercio francés de 1807: posibles manifestaciones de la inoponibilidad y de otros efectos presuntivos*

El primer jalón de esta evolución que, sin la existencia de fuertes cambios en el sistema, nos lleva a la actual situación en materia de publicidad lo constituye la fase de vigencia del Código de Comercio francés hasta la Ley de 1919, instauradora del Registro Mercantil.

Un examen detenido del articulado del Código pone de manifiesto la existencia incipiente de lo que será el futuro Registro Mercantil e, incluso, la presencia en algunos preceptos de «aquellos efectos» que luego serán ordenadores del sistema registral francés.

Es cierto que falta un órgano adecuado que esté encargado de llevar a cabo como función determinante el fin de la publicidad, pero ésta es llevada a cabo por aquellos órganos que luego constituirán el núcleo central de la organización registral. Se trata de los Secretarios de los Tribunales de Comercio, que son el antecedente inmediato de los actuales *Greffier*.

Asimismo, la publicidad es llevada de una manera esporádica y, a veces, con la misma relevancia que la mera publicidad noticia de los periódicos, tabloneros de anuncios, etc.

Existe una falta de concepción general y sistemática del concepto de publicidad y en ningún momento se puede hablar de la existencia de un conjunto de efectos publicitarios que la den base, aunque aisladamente sí se pueda observar el nacimiento de un tímido efecto de la publicidad, concretamente el de la inoponibilidad de lo no inscrito.

La realidad positiva es, pues, la de una publicidad que carece de una concepción unitaria y sistemática, carente de órganos adecuados y dispersa a lo largo de todo el articulado del Código de Comercio, regulando tan sólo esferas parciales y casos muy concretos y sin que en ningún momento se haga presente la existencia de preceptos publicitarios con una

esfera de aplicación de carácter general en lo que a la eficacia registral se refiere.

La existencia de una tenue manifestación de la inoponibilidad de lo no inscrito o incluso de un cierto valor presuntivo podría deducirse con probabilidad en torno a una serie de supuestos entonces contemplados por el Código:

a) Con respecto a los comerciantes individuales

— Caso del menor emancipado.

— Caso de la publicidad de régimen matrimonial de bienes y de separación.

a') Caso del menor emancipado

Entre los requisitos señalados por el artículo 2.º del Código de Comercio para el ejercicio del comercio por el menor emancipado se preceptuaba el hecho de que «no podrá comenzar las operaciones de comercio si el acto de autorización no ha sido *registrado y publicado por anuncio* en el tablón del Tribunal de Comercio del lugar donde el menor quiere establecer su domicilio».

¿Podría hablarse aquí con puridad de la existencia de publicidad, aunque tan sólo fuera en el sentido de mera publicidad formal?

No parece que una consideración meramente dogmática de la actuación del menor autorizado lleve a la consecuencia de poder considerar nulas sus actuaciones por falta de inscripción de la autorización (40). El hecho de la inscripción del acto de autorización no se ve de qué manera podría ser considerado como elemento esencial y no meramente accidental. Se trata realmente de una inscripción no constitutiva en cuya finalidad cabría ver una información a favor de tercero para que sepa en qué situación se encuentra el menor que con él contrata. Quizás, incluso, pudiera hablarse de la existencia de una cierta fuerza presuntiva derivada no de la inscripción, sino del funcionario ante el que se realizó la autorización al haber tenido ésta que ser hecha ante Juez o Notario (41). La falta de inscripción de la autorización del menor emancipado con autorización para ejercer el comercio, o del que sin dedicarse a él efectúe aisladamente actos de comer-

(40) THALLER, E., *Traité élémentaire de Droit Commercial*, París, 1910, pág. 97.

(41) PARDESSUS, J. M., *Cours de Droit Commercial*, t. I, París, 1856, pág. 62. En contra, MASSÉ, M., *Le Droit Commercial*, t. I, París, 1845, pág. 74.

cio (42), sería inoponible al tercero que contrató con él, en cuanto que lo contrario iría en contra de la finalidad inmediata de información a tercero y de sanción al que no inscribió (43).

Se trata de un precepto confuso y poco preciso en el que todavía no se diferencia claramente la forma del acto publicado y la forma propia de la publicación, ni se señala claramente cuáles sean los efectos propios de la publicidad, aunque quizá ya pueden observarse los dos elementos fundamentales que van a venir marcando la institución registral hasta la nueva situación que se produce a raíz del año 1953: Los Tribunales como instituto registral y la publicidad como simple información.

b') Caso de la publicidad del régimen matrimonial de bienes y de separación de bienes

El Código de Comercio francés de 1807, siguiendo la línea de la Ordenanza de 1673, aunque con ciertos retoques y añadidos (44), regulaba en sus artículos 65 a 70 no sólo el aspecto referente a la publicidad del régimen matrimonial de bienes, sino también el de la separación de bienes y cuerpos, conteniendo algunos aspectos de naturaleza publicitaria en los que sí podría hablarse ya de la existencia de una base sobre la que poder fundamentar el desarrollo de los futuros efectos registrales.

Las dos situaciones que bajo el epígrafe incorrecto en su redacción de «separación de bienes» se regulan se analizan con referencia tan sólo a lo que el aspecto publicitario atañe, siguiendo un orden lógico como correspondería a su desenvolvimiento en el tiempo y no según el orden numérico de los preceptos.

1. La publicidad del contrato del matrimonio de comerciantes. La situación sobre la publicidad del contrato de matrimonio de comerciantes (arts. 67 a 70) perseguía una cierta publicidad, que en principio queda reducida a ser una mera información, del régimen matrimonial de los comerciantes o al menos en el que uno de ellos lo sea, a fin de que el tercero que con ellos contratase tuviera noticia sobre la extensión y situación de los

(42) MASSÉ, M., *ob. cit.*, pág. 73.

(43) AFFERNI, V. (recogiendo a LYON-CAEN y RENAULT), «Il Registro delle imprese», *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, t. II, L'Impresa, Padova, 1978, pág. 162, afirma que «la consideración de las operaciones realizadas por un menor cuya autorización para actuar no fue publicada podría llevar a la anulabilidad de los mismos a favor del menor y en contra de lo que es la finalidad publicitaria de informar a terceros que puede prevalecerse de lo no inscrito. PARDESSU, J., *ob. cit.*, pág. 33, entiende que podrían considerarse como actos ajenos al comercio los celebrados por el menor sin autorización inscrita.

(44) Ordenanza de 1673, título VIII, artículo 1.º

bienes que podían quedar afectos a la responsabilidad de los posibles créditos que de sus mutuas relaciones nacieran (45).

Una interpretación literal de los términos de los artículos reguladores de la situación descrita (46) no permite sostener de manera clara la existencia de un efecto de inoponibilidad a los terceros de lo no inscrito, máxime cuando la obligación de inscripción se imputa al Notario otorgante y no a los que contraían el régimen matrimonial (art. 68). Es lógico que la sanción recaiga sobre el Notario obligado a enviar el extracto señalado en el artículo 67 y no sobre los comerciantes que contrajeron matrimonio, impidiéndoseles que puedan oponer a las pretensiones de los terceros la realidad de su contrato matrimonial (47). Y ésta parece ser la razón por la cual el Código establecía una sanción, primero, de multa para el Notario y, después, si se probara que hubo colusión, de destitución o incluso de responsabilidad hacia los acreedores (48).

La falta de una clara explicitación en torno a la eficacia publicitaria, ni tan siquiera la de mera inoponibilidad a los terceros de lo no inscrito, no debe entenderse como una falta absoluta de relevancia a la publicidad en los tablones del extracto del contrato de matrimonio (art. 67), ya que no hay que olvidar el carácter público del documento, así como la posibilidad de que su exposición conste como medio de prueba.

La situación que se contemplaba, la exposición que en los tablones se efectúa con la asistencia de los Tribunales, era la de una publicación muy limitada y con inexistencia de efectos materiales derivados de ella; lo que

(45) PARDESSUS, J. M., *ob. cit.*, pág. 54; THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 145.

(46) Artículo 67: «Todo contrato de matrimonio entre esposos de los cuales uno fuera comerciante será enviado por extracto, en el mes de su celebración, a los Secretarios de las Cámaras designadas por el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil para ser expuestos en los tablones de acuerdo con el mismo artículo».

Artículo 68: «El Notario que hubiera realizado el contrato de matrimonio tendrá obligación de hacer el envío prescrito por el artículo anterior bajo pena de 100 francos de multa e, incluso, de destitución y responsabilidad hacia los acreedores si se prueba que la omisión ha sido consecuencia de un acuerdo».

Artículo 69: «Todos los esposos que tuvieran separación de bienes o que estuvieran casados bajo el régimen dotal y que adquirieran la profesión de comerciante con posterioridad a su matrimonio estarán obligados a hacer el mismo envío dentro del mes en el que hubieran abierto su comercio bajo pena en caso de quiebra de ser castigado como quebrado fraudulento».

(47) LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *Precis de Droit Commercial*, t. I., París, 1884, pág. 121.

(48) Son preceptos de carácter coactivo obligatorio con la finalidad de llevar a cabo la publicidad del aspecto patrimonial de los matrimonios entre comerciantes, cuyo interés para el tercero reside en la posibilidad de conocer la situación si está inscrita y en la exigencia de responsabilidad al Notario en caso de que la falta de envío del extracto del contrato de matrimonio a los tribunales fuera fruto de colusión con los comerciantes.

en realidad fue un paso atrás con respecto a la Ordenanza francesa de 1673 que imponía la inexistencia de las cláusulas que, derogando el régimen de comunidad, no se inscribieran (49).

Sin embargo, aunque ésta es la posición generalmente mantenida por los autores de la época, existen ya algunos que, o bien de una manera absoluta afirman la inoponibilidad de lo no inscrito en función de la no culpabilidad de los terceros con respecto a la no publicación de estos hechos (50), o que bien lo afirman tan sólo para el caso de que hubiera habido colusión entre los esposos y el Notario (51). Pero la realidad es que una mera interpretación literal de estos preceptos y de su análisis sistemático no dan una visión que posibilite afirmar claramente la defensa del tercero a través del efecto de inoponibilidad. Por vía indirecta se vino, sin embargo, a dar una entrada limitada a la inoponibilidad de lo no inscrito en cuanto que la Ley de 10 de julio de 1850 introdujo la obligación de declarar al oficial del Estado en el momento de haber celebrado matrimonio la existencia, en caso afirmativo, de un contrato matrimonial, sancionando, en el caso de incumplimiento, la presunción de haber celebrado el matrimonio bajo el régimen de comunidad de bienes, a la vez que se reputa a la mujer capaz de contratar con respecto a los terceros en los términos autorizados por el Derecho común (52). Y es por esta vía, en lugar de haber seguido un sistema de perfeccionamiento de los preceptos antes señalados, por donde se intentó crear una mínima defensa de los terceros, haciendo hasta cierto punto ya innecesaria la existencia de los mencionados preceptos del Código de Comercio.

2. La publicidad de las sentencias de separación de bienes y de cuerpos entre esposos cuando al menos uno de ellos fuera comerciante.

Es a través de la publicidad de estas sentencias de separación donde podría verse, con algo más de claridad que en ninguna de las otras situaciones, la existencia de un efecto publicitario que de una manera ya directa busca la protección de los terceros a través de la inoponibilidad de lo no publicado. Se sanciona la imposibilidad de alegar frente a terceros la existencia de hechos que, siendo publicables, no lo fueron (art. 66) (53).

(49) Ordenanza francesa de 1673 (tít. VIII, art. 1.º), «la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée».

(50) THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 145.

(51) ALAUZET, J., *Commentaire de Code de Commerce*, París, 1879, págs. 8-9.

(52) ALAUZET, J., *ob. cit.*, pág. 10.

(53) Artículo 66: «Toda sentencia que pronunciase una sentencia de separación de cuerpos o un divorcio entre cónyuges, de los que uno fuera comerciante, estará a las formalidades prescritas por el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil, y a falta de su incumplimiento los acreedores podrán siempre oponerse en todo aquello que concierna a sus intereses y a contradecir toda liquidación que se siguiera de aquélla».

El incumplimiento de las formalidades prescritas (el art. 872 señalaba la lectura de la sentencia ante la audiencia del Tribunal de Comercio y su publicación en los tablones del Tribunal de Comercio de su domicilio como medios de publicidad formal que posibilitan a los terceros el conocimiento de aquellas situaciones consideradas por la Ley de interés para conocimiento de terceros, si bien no de una manera general, sino dirigido a momentos y hechos determinados) introducía de una manera limitada la inoponibilidad, porque, en efecto, este artículo 66 sanciona ya el efecto típico de la inoponibilidad, «lo no publicado no perjudica a terceros», si bien, en otros términos dicho, «los acreedores podrán siempre oponerse», aunque sólo con respecto a las relaciones entre comerciantes y sus acreedores. Sin que de aquí se pudiera deducir un efecto de alcance generalizado a todas las situaciones publicables y no publicadas, la realidad es que a través de este artículo 66 es en donde, de una manera más clara, se encuentra introducida en el Código de Comercio una manifestación de la inoponibilidad.

b) Con respecto a los comerciantes sociales

Examinadas aquellas situaciones que con respecto a los comerciantes individuales parecen ofrecer la existencia de un germen de efectos publicitarios, corresponde examinar, siguiendo el orden marcado en un principio, la situación que con respecto a los efectos publicitarios presentan los comerciantes sociales; en definitiva, la situación que en este período, anterior a la existencia de un Registro Mercantil y un sistema publicitario, presentan las sociedades en el tráfico mercantil.

El comerciante social durante este período, que transcurre desde la publicación del Código de Comercio hasta la Ley de Creación del Registro de Comercio del año 1919, va a seguir en sus líneas fundamentales la posición mantenida por aquellas disposiciones anteriores que disponían frente a la nulidad absoluta señalada por la Ordenanza de marzo de 1678 (art. 6) la nulidad de las sociedades no publicadas sólo entre socios y no también frente a terceros (54). Esta línea se caracteriza por la intromisión del elemento publicitario dentro de la construcción negocial de la sociedad, si bien es verdad que no se llegó a contemplar esta intromisión con una rigidez absoluta, cayendo incluso en desuso las disposiciones que así lo disponían.

La regulación de la publicidad de las sociedades dentro del Código de Comercio se contenía en los artículos 42 a 46, siendo fundamento el artículo

(54) Así la Ordenanza de **BLOIS** de 1579. GIRÓN TENA, J. M.^a, «Las sociedades irregulares», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, págs. 129 y sigs.

42, párrafos 1.º y 3.º, el que da una visión completa de la función de la publicidad con respecto a los tipos societarios de carácter personalista:

Artículo 42.1.º: «El extracto de las actas de sociedades en nombre colectivo y en comandita debe ser remitido, dentro de la quincena de su fecha, al oficial del Tribunal de Comercio del distrito en el que está establecida la casa de comercio de la sociedad para ser transcrito en el Registro, publicado mediante exposición en la sala de audiencias».

Artículo 42.3.º: «Estas formalidades serán observadas bajo pena de nulidad en lo que a los interesados respecta, pero la omisión de alguna de éstas no podrá ser opuesta a los terceros por los socios».

Los tipos societarios de carácter capitalista se desenvuelven por otros derroteros (55) en los que no se puede hablar verdaderamente de fenómeno publicitario.

El estudio de este artículo 42 pone de relieve los elementos fundamentales que en el aspecto formal van a constituir el soporte de la publicidad registral: la función importantísima que los Tribunales van a tener en el desarrollo publicitario y el sistema de transcripción como una de las técnicas fundamentales que se dan en los diversos sistemas registrales. No es, sin embargo, este aspecto formal el que interesa examinar, si bien hay que señalar que sobre la complicación que el doble sistema de transcripción y *affichage* supone va a venir a añadirse más tarde la publicación en periódicos, conforme a las Leyes de 1814 y 1833, que no puede ser entendida de otra manera que como una manifestación de la publicidad ya efectuada ante los tribunales.

El aspecto que dentro del contexto importa examinar, sin desconocer la mutua interrelación que entre ambos existe, es el de los efectos materiales que la publicidad desarrolla.

La publicidad del artículo 42 parece que se desenvuelve dentro de una esfera que, en puridad de conceptos, no supone sino la invasión de terrenos sobre los que no tiene por qué manifestar sus efectos y que es el campo de las relaciones interpartes dentro del mundo negocial. Invasión y efectos que tienen su plasmación en el ámbito de las sanciones al someter a nulidad las relaciones societarias en aquellas sociedades que no hubieran cumplido las

(55) Los tres tipos societarios admitidos por el Código de Comercio de 1807 son el colectivo, el comanditario y las anónimas (art. 19), y las sociedades anónimas al estar sometidas para su nacimiento al sistema de «autorización» (art. 37) no van a verse afectadas por un verdadero principio de publicidad hasta la promulgación de la Ley de 1867.

formalidades requeridas. Esta nulidad con la que se sanciona el incumplimiento de las formalidades por el artículo 42 no se puede oponer, sin embargo, por los socios a los terceros. Contra lo que quizás a primera vista podría suponerse, movidos fundamentalmente por el término *opposé* del mencionado artículo 42, no se está ante una verdadera situación de inoponibilidad de lo no inscrito. El principio de inoponibilidad supone la existencia de situaciones vinculantes y eficaces entre las partes, pero que por el hecho de no haber sido publicadas no pueden ser opuestas a los terceros, es decir, la primacía de la apariencia sobre lo no conocido por falta de publicidad, salvo supuestos de mala fe. Y éste no parece ser el supuesto querido por el artículo 42, que se mueve tan sólo en un ámbito extrapublicitario, intentando configurar el requisito publicitario como elemento esencial del negocio societario y cuyo incumplimiento llevaría, lógicamente, a la inexistencia del mismo por vía de la nulidad. Pero no parece que tampoco aplique rígidamente este camino en cuanto que la figura del negocio societario tiene plena vigencia durante quince días con independencia del cumplimiento de los requisitos publicitarios y, además, el incumplimiento de los mismos no puede ser oponible a terceros. Estamos más bien, como afirma THALLER, ante una causa de disolución anticipada (56) y que no afecta a la condición de terceros. Una estricta consideración de la falta de publicidad como causa de nulidad de las sociedades llevó en muchos casos a entender como válida la oposición de la nulidad entre los socios para eludir el cumplimiento de lo entre ellos pactado, así como la posibilidad de que los acreedores individuales de los socios pudieran dirigirse también contra el patrimonio de la sociedad en competencia con los acreedores sociales, con disminución de las garantías patrimoniales de la sociedad con que los terceros habían contado al contratar. La teoría de las sociedades de hecho, así como el derecho de opción de los acreedores sociales para dirigirse contra el patrimonio social o el de los socios intentó cortar estas consecuencias.

La solución del Código parecía más bien pensada para cortar el fraude a los singulares acreedores a los que se les sustrafía bienes aportándolos a una sociedad ficticia que a favor de los terceros a los que realmente debía ir dirigido el amparo de lo aparente frente a lo no público (57).

El tratamiento de la «personalidad jurídica» de las sociedades mercantiles viene fuertemente condicionado por el lastre de la Revolución Francesa y la concepción antirevolucionaria que para ella suponía la existencia de los cuerpos morales y, en consecuencia, su otorgamiento va a ser mirado

(56) THALLER, E., *ob. cit.*, pág. 218.

(57) Sobre estos temas ver la exposición de AFFERNI, V., «Il Registro...», *ob. cit.*, págs. 164 y sigs.

con desconfianza y se va a configurar como una concesión especial del Estado (58). Esta suspicacia y sistema de concesión van a perdurar hasta el siglo XIX, en el que la jurisprudencia va a deducir la personalidad jurídica (59) partiendo de la interpretación de algunos textos (60) que parecen conceder un cierto grado de autonomía patrimonial, aunque las posiciones de la doctrina durante este período no son ni mucho menos uniformes (61). No será hasta la Ley de 1867 sobre Sociedades por Acciones cuando se producirá la total desaparición del sistema de autorización, que hasta entonces va a subsistir para las sociedades anónimas debido fundamentalmente a las connotaciones de carácter público que el origen de dichas sociedades llevó consigo. Esta diferente configuración de tipos societarios se reflejó, naturalmente, en un diverso sistema publicitario, las sociedades anónimas no quedan sometidas a las reglas publicitarias del artículo 42 y sólo la supresión del sistema de autorización hará posible la configuración de un régimen unitario de publicidad para todos los tipos sociales mercantiles mediante la promulgación de la Ley de 1867 (62).

B) *Ley de 24 de julio de 1867 sobre las Sociedades por Acciones*

El desarrollo del sistema de producción capitalista durante el siglo XIX y la función que las sociedades por acciones dentro del mismo estaban abocadas a cumplir por ser el instrumento económico aglutinante de concentración del capital necesario desbordaron el rígido sistema de autorización a que las sociedades anónimas, como tipo fundamental de esta clase de sociedades por acciones, venían sometidas (63).

(58) FERRARA, F., *Teorías de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, págs. 89 y sigs.

(59) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 499.

(60) Artículos 529 del Código Civil y 69 de la Ley de Procedimiento Civil.

(61) DE BENITO, J., *La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*, Madrid, págs. 83 y sigs. Da una exposición de las diferentes posiciones de la doctrina francesa en las décadas inmediatas bastante completa en relación con la configuración de la personalidad jurídica.

(62) La desconfianza con respecto a las figuras con forma de asociación perduró con toda rigidez hasta la Ley sobre Asociaciones de 1901 en que el sistema de concesión y de negación de personalidad jurídica se vio dulcificado en muchas de sus manifestaciones.

(63) El desarrollo del sistema capitalista con el abanderamiento de la ideología del liberalismo había ido cubriendo con una dispersa legislación los vacíos que, debido a la existencia de una concepción arcaica de la función y estructura de las sociedades por acciones, era necesario rellenar para favorecer y no dificultar el inevitable proceso que las nuevas relaciones de producción traían consigo. Junto a estas razones generales de naturaleza económica colaboraban otras más locales de tipo nacional y político, como, por ejemplo, la competencia por el mercado con Inglaterra, que una política de tipo

Diversas leyes venían así cubriendo de una manera no sistemática esa inadecuación entre la situación económica y legal: la Ley de 1856, que vino a regular las sociedades comanditarias por acciones, supliendo la casi nula regulación que de ellas hacía el Código de Comercio y protegiendo los intereses no sólo de los socios que permanecían alejados de la gestión, sino también de los terceros que con ellas contrataban, evitando la multitud de abusos que venían produciéndose; la Ley de 1863, que intentando cubrir las necesidades comerciales suavizó el sistema de autorización y creó bajo el nombre de sociedades de responsabilidad limitada un tipo de sociedades anónimas con un capital que debía ser inferior a los 20 millones y que estaba dispensada del sistema de autorización (64). Esta situación de inadecuación legislativa con la realidad y de dispersión legislativa no podía subsistir sino de manera transitoria, y así, en efecto, la promulgación de la Ley de 24 de julio de 1867 sobre Sociedades por Acciones vino a adecuar y uniformar la confusa situación existente (65).

La supresión por esta Ley no sólo de la dispersión legislativa existente en torno a las diferentes clases de sociedades por acciones, sino también de la técnica de concesión mediante autorización para las sociedades anónimas (66), hizo innecesario un diferente tratamiento en orden a la publicidad para una y otra clase de tipos societarios. Y este lógico tratamiento unitario en orden a la publicidad se encargó también de recogerlo la Ley de 24 de julio de 1867 en sus artículos 55 y siguientes.

La entrada en vigor de esta Ley, con la uniformidad publicitaria establecida para todas las sociedades, llevaba necesariamente a tener que abolir aquel articulado del Código de Comercio que se revelaba como superfluo (67) y asumir por sí sola la tarea de legislar la publicidad sobre sociedades.

La realidad es que la normativa de esta Ley no añade ninguna modificación esencial con relación a su contenido sustancial en lo que a la materia publicitaria se refiere y, en términos generales, se puede afirmar que excep-

intervencionista dificultaba en la pugna con las sociedades inglesas libremente constituidas. HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 632; RUBIO GARCÍA MINA, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1967, págs. 3 y sigs.; BIRMIE, A., *Historia económica de Europa*, Barcelona, 1957, págs. 93 y sigs.

(64) No confundir con el tipo de sociedades de responsabilidad limitada que se introdujo por la Ley de 7 de marzo de 1925. LYON-CAEN, Ch., y RENAULT, L., *ob. cit.*, págs. 203 y sigs.

(65) La Ley de 17 de julio de 1856 sobre las sociedades comanditarias por acciones es sustituida por los artículos 1.º y siguientes de la nueva Ley. La Ley de 23 de mayo de 1863 es igualmente derogada.

(66) Señala su artículo 21: «En el futuro las sociedades anónimas podrán formarse sin autorización del Gobierno».

(67) El art. 65 de la nueva Ley deroga los artículos 42 a 46 del Código de Comercio.

tuando la uniformidad publicitaria para todo tipo de sociedades lo único que realiza es una simplificación de las formalidades, manteniendo el tratamiento tradicional de la misma en lo que a efectos se refiere.

No es, sin embargo, ni el tema de las formalidades (prescindir del *affichage* en los Tribunales de Comercio, reemplazar la transcripción de un extracto por el depósito del acta completa, etc.), ni el de la publicidad formal, de la que propiamente no se puede todavía hablar (no es tal la publicación del extracto en el periódico de anuncios legales y no hay ningún precepto que preceptúe claramente otro tipo de examen por los particulares), lo que interesa examinar como germen del efecto de la eficacia publicitaria. El punto que en relación con ello requiere nuestro estudio es el relativo a la existencia o no de efectos derivados de la **observancia** o inobservancia de las mencionadas exigencias. La regulación de lo que, con reticencias terminológicas, **podrían** ser efectos materiales de la publicidad se recoge en la nueva Ley en torno a los artículos 55 y 56, que en lo fundamental no son otra cosa que una repetición del derogado artículo 42 del Código de Comercio:

Artículo 55.1.º: «Dentro del mes de constitución de toda sociedad comercial, una copia del acta constitutiva... debe depositarse ante los secretarios de los jueces de paz y del Tribunal de Comercio del lugar en el que esté establecida».

Artículo 56.1.º: «En el mismo plazo un extracto del acta constitutiva se publicará en uno de los periódicos designados para recibir anuncios legales».

Artículo 56.2.º: «Las formalidades señaladas en el artículo anterior y en el presente se observarán, bajo pena de nulidad entre los interesados. Pero la falta de alguna de ellas no se podrá oponer a los terceros por los asociados».

¿Podría hablarse de la existencia en estos nuevos preceptos de un incipiente efecto de publicidad en torno a la inoponibilidad?

La respuesta a la cuestión planteada lleva consigo esclarecer y repetir una serie de cuestiones también válidas para la anterior situación:

- El término de nulidad no debe tomarse en el sentido de nulidad absoluta, sino que, como en páginas anteriores afirmamos, ha de entenderse como causa de disolución anticipada (68).

(68) Véanse páginas 98 y siguientes. Como crítica a la construcción legal de la nulidad ver HEMARD, J., *Theorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, París, 1926, págs. 289 y sigs., y BONELLI, F., «Sulla teoria delle società irregolari», *RDCI*, 1906, págs. 9 y sigs.

- El que los socios no puedan oponer las causas de disolución a los terceros no significa el que éstos no puedan usar de ellas contra los socios.
- El concepto de oponibilidad que se desprende de los términos de la Ley no ha de entenderse con la precisión que hoy podemos dar al concepto en materia registral. Es más bien, como en páginas atrás se señalaba, una situación de defensa de la apariencia y de situaciones adquiridas.

Es cierto que una construcción sistemática sobre el principio de inoponibilidad no existe, ni tampoco es fácil deducirlo de la mera interpretación literal. Sin embargo, cabe construirlo con una interpretación sistemática apoyada por la situación en la que la discusión sobre este punto se encontraba en aquel momento en el campo registral de los bienes inmuebles. En todo caso, sería poner de relieve una situación que si bien no encontraba todavía su formulación legal, sí tenía su manifestación social.

El que los socios no puedan oponer a los terceros «la nulidad» de la sociedad no significaba que los terceros no pudieran hacer valer la nulidad de la sociedad con la que habían establecido determinadas relaciones antes del plazo que la Ley autorizaba para poder efectuar los trámites publicitarios y posteriormente incumplido o que incluso hubieran realizado después de incumplido dicho plazo, aunque esta situación quizás fuera más dudosa en el sentido de repugnar al principio de que nadie puede favorecerse del consciente incumplimiento de las leyes. Otra cosa supondría una situación de preminencia de los socios y sus acreedores con respecto a los acreedores de la sociedad en el mantenimiento de las situaciones de apariencia. La posibilidad de que los terceros invocaran la nulidad de la sociedad por incumplimiento de los requisitos publicitarios, con el consiguiente efecto sobre las relaciones con ellos establecidas, podría ser considerado, aunque un poco forzosamente, como una manifestación atenuada de la inoponibilidad de lo no inscrito, ya que la finalidad de favorecer al tercero dándole la opción de tener en cuenta o no la situación no inscrita también se consigue aquí.

Para una mejor comprensión del tema conviene recordar que en el campo de la publicidad registral sobre bienes inmuebles se estaba desarrollando la pugna entre la concepción germánica (necesidad de la publicidad registral para el mundo de los derechos reales) y la concepción francesa (preferencia de la mera manifestación y concordancia de voluntades, con independencia de la publicidad de la misma para el nacimiento y transmisión de los derechos reales). Y que a pesar del interés de la naciente burguesía en la seguridad, y no sólo para la aportación de capitales al campo de los inmuebles, lo que consiguió con las cédulas hipotecarias, sino

también para el tráfico jurídico de los inmuebles, se optó por rechazar la concepción germánica de la publicidad; no obstante, después de la publicación del Código de Comercio francés, que mantenía silencio en cuanto a la existencia de efectos *erga omnes*, se consiguió la publicación de la Ley sobre Transcripción de 1855, que aunque de una manera muy limitada consagró ya taxativamente el principio de inoponibilidad a terceros de lo no inscrito (69), que suponía una concepción intermedia entre el puro sistema de la clandestinidad y el de la necesaria publicidad germánica.

Aunque parece claro que de una forma inmediata el reflejo del principio de inoponibilidad de lo no inscrito se justifica por razones diversas en el terreno mercantil y en el inmobiliario en cuanto que en el primero la razón fundamental del principio tiende a proporcionar un cierto grado de seguridad en el campo de la capacidad y en el de las responsabilidades y en el segundo en la certeza de las titularidades como un grado de confianza para las relaciones jurídicas sobre inmuebles, lo cierto es, sin embargo, que tanto en un caso como en otro la razón última y mediata es la de proporcionar seguridad al tráfico jurídico facilitando su desarrollo. Y parecía lógico que esta justificación legal que la realidad imponía, y que en su grado más simple admitió la legislación francesa en el campo inmobiliario, también tendría que reflejarse de alguna manera en el sector mercantil, donde las nuevas exigencias de un tráfico más adaptado a la realidad tienen, obviamente, una mayor relevancia y trascendencia, pero sólo mucho después estas consideraciones se convirtieron en realidad normada.

C) *Síntesis recopilativa*

Resumiendo a modo de rápidas conclusiones la situación de la publicidad durante este período preparatorio de la futura regulación del Registro Mercantil, podemos concluir con las siguientes consideraciones:

- Inexistencia de un órgano al que pudiera denominarse Registro Mercantil; sin embargo, la función de los Tribunales constituyen el germen de lo que van a ser los futuros Registros Comerciales franceses y de su estructura eminentemente judicial. Van a ser los Tribunales de Comercio los que serán el antecedente inmediato del Registro Comercial.
- Inexistencia de una construcción legal sistemática de la publicidad con una aplicación general en cuanto a sus efectos y manifestacio-

(69) OLIVER, B., *Derecho Inmobiliario español*, Madrid, 1892-1896, págs. 163 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.; PEÑA, H., *ob. cit.*, págs. 722 y sigs.; GONZÁLEZ, J., «Evolución de los sistemas hipotecarios», *RCDI*, 1925, págs. 616 y sigs.

nes, ya que la publicidad se manifiesta dispersamente y con una gran carencia de efectos; es solamente en torno a la inoponibilidad de lo no inscrito donde podrían encontrarse, con grandes cautelas, un efecto al que en puridad pudiera llamarse publicitario.

- Inexistencia de un claro deslinde de las situaciones extrarregistrales y de las situaciones jurídico-registrales en cuanto a los diferentes ámbitos en que cada uno se debe manifestar. Esta confusión se manifiesta fundamentalmente en el campo de las figuras societarias, donde la intromisión del requisito publicitario como elemento configurador del negocio societario produce una confusión en torno a su configuración como elemento esencial del negocio y no como instrumento de defensa del tercero.
- El problema de la personalidad jurídica de las sociedades en la doctrina francesa fue durante mucho tiempo dominado por la construcción que de la misma efectuaba la jurisprudencia, frente a la doctrina que si no completamente opuesta a una construcción antropomorfológica de la misma, sí era partidaria en su gran mayoría de una atenuación de sus efectos. Y así va a permanecer con pocos sobresaltos hasta la promulgación de la Ley sobre sociedades de 1966.

Mientras que la doctrina desde un principio tendió a marcar límites a la construcción de la personalidad [negándola por entender que debajo no existía otra cosa que una propiedad colectiva, como afirmaba PLANIOL (70), o una ficción en la emisión de la voluntad, e incluso aquellos que consideran y justifican la personalidad jurídica por la existencia de un fin social distan de una aceptación sin dudas de la misma], va a ser la jurisprudencia quien la construye fundamentalmente basada en los artículos 529 del Código de Comercio y 69 del Code de Procedure Civile. El hecho de que el artículo 529 del Código de Comercio diera al derecho del socio un carácter mobiliario a pesar de que la sociedad poseyera inmuebles y que el artículo 69 del Code de Procedure Civil hablase de la *maison sociale*, fue suficiente para que la jurisprudencia construyera la existencia de una persona titular de un patrimonio autónomo, gozando de una vida jurídica también autónoma. La jurisprudencia había ido tan lejos que, como afirma HAMEL (71), era necesario volver sobre los pasos para evitar el abuso de la personalidad jurídica.

Esta construcción de la personalidad jurídica surgida por el mero hecho de la formulación contractual de la sociedad que era de aplicación tanto a

(70) PLANIOL, M., *Traité de Droit Civil*, vol. I, pág. 263.

(71) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 499.

las sociedades civiles como a las mercantiles, se refuerza a raíz de la promulgación de la Ley de 24 de junio de 1921, que al excluir la personalidad de las sociedades de cuenta en participación mediante la interpretación en sentido contrario se la atribuía a las demás. Se había olvidado que la personalidad moral no era otra cosa que un simple medio técnico, un procedimiento jurídico susceptible de graduación. En el fondo de la consideración, sobre el tema de la personalidad y el sistema de obtención de la misma late una pugna entre el poder central y los intereses sociales e individuales (72), y siempre los problemas de la superación de la personalidad moral (73) y el de las sociedades irregulares son expresión de dicha tensión.

Aunque sea necesario que transcurra todavía algún tiempo para que la publicidad registral mercantil adquiera una cierta configuración, es verdad que ya en este período se vislumbran las dos bases organizativas sobre las que el mismo se construirá: los tribunales en cuanto órgano encargado de su gestión y el efecto de inoponibilidad como configurador esencial de su publicidad material.

3. CONFIGURACIÓN DEL REGISTRO DE COMERCIO: LA LEY DE 18 DE MARZO DE 1919 Y EL DECRETO DE 9 DE AGOSTO DE 1953

Este período va a caracterizarse por la conformación en dos momentos históricos del Instituto de Registro de Comercio: una primera fase configuradora del armazón técnico y formal y una segunda configuradora de su contenido material, si bien es justo señalar que en ambos hay residuos del período precedente y en ambos se constituyen elementos del posterior.

A) *Ley sobre Creación del Registro de Comercio de 1919. Disposiciones complementarias*

La promulgación de la Ley de 18 de marzo de 1919 y su respectivo Reglamento de 1920 vinieron a suplir el vacío existente en la legislación francesa con respecto a la existencia de un organismo específico encargado de la publicidad registral mercantil. Pero dados los antecedentes inmediatos del Código de Comercio, en el que en alguno de sus preceptos podía

(72) VERRUCOLI, P., // *superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil law*, Milán, 1964, págs. 9 y sigs.

(73) FOYER, J., *La personnalité morale et ses limites* (Études de D. Comparé et D. International Public), París, 1960, págs. 113 y sigs.; HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, págs. 508 y sigs.

atisbarse un incipiente principio de inoponibilidad y la existencia de legislaciones europeas en las que ya se consagraba de una manera expresa, se puede afirmar que esta Ley vino a desempeñar un papel muy insuficiente si no se la concibe como un intento de racionalización que constituye un primer paso para la construcción de un moderno Registro Mercantil (74).

La nueva situación, en definitiva, venía a dar la estructura formal del órgano registral, creando el instituto con la configuración que en sus líneas esenciales va a prevalecer hasta nuestros días y tomando como base una configuración judicial del mismo a pesar de la limitación de las facultades calificadoras. Su estructura venía a sostenerse sobre un doble pilar: por un lado, los registros locales a cargo del Secretario del Tribunal de Comercio y, por otro, el Registro Central, dependiente de la Secretaría Nacional de la Propiedad Industrial (art. 10).

La publicidad registral, en su doble aspecto formal y sustantivo, adquiere a la luz de la nueva Ley una relevancia tan escasa que a no ser por la mínima regulación que del aspecto formal se ofrece podría afirmarse sin ninguna duda que su existencia es nula.

Ante la situación expuesta no podría encontrarse quizás otra justificación que la de que los intereses inmediatos que impulsaron al nacimiento de la Ley obedecieron no tanto a la preocupación por establecer una mayor seguridad del tráfico como a la existencia de unos intereses nacionales que, a raíz de la primera guerra mundial, mostraron su preocupación por conocer exactamente en manos de quiénes se encontraba la industria y el comercio, fundamentalmente a efecto de la nacionalidad de sus titulares (75). Esta finalidad inmediata de control de la industria y el comercio nacional, con primacía sobre el interés por un mejor funcionamiento del tráfico jurídico y el miedo a la utilización del Registro como un instrumento que sirviera para un mayor control fiscal (y lo cierto es que el impulso de los Registros inmobiliarios debieron mucho a su utilización como instrumento fiscal), fue lo que, en definitiva, contribuyó a que el Registro de Comercio se concibiera como un mero archivo con fines administrativos donde la preocupación por establecer una construcción sistemática de la publicidad careció de toda relevancia.

Un análisis de la publicidad en la Ley de 1919 lleva a afirmar que la contemplación que de la misma hace la Ley se reduce, en definitiva, a un tratamiento incompleto del aspecto formal. Las consecuencias de la observancia o inobservancia de la obligatoriedad de inscripción de los comerciantes, tanto personas físicas como personas jurídicas, se reducen a una

(74) THALLER, E., *ob. cit.*, págs. 173 y sigs.

(75) SOLÁ CANIZARES, F., *El Registro de Comercio en Francia*, Barcelona, 1955, pág. 6.

sanción penal de carácter pecuniario (art. 18), pero sus efectos en el campo de las relaciones privadas son nulos y para nada afecta a los terceros ni al comerciante mismo (76), que en sus mutuas relaciones permanecen al margen del campo registral.

Los posibles efectos de oponibilidad e **inoponibilidad** de lo no inscrito van a derivarse, no de la regulación del Registro de Comercio, sino del Código de Comercio o de las diversas leyes ya existentes (77), sin que en ningún momento se lleve a cabo la centralización de la publicidad comercial. Los efectos de fondo de la publicidad no se manifiestan, en definitiva, para nada y el Registro no va a tener otra trascendencia que la de ser un mero casillero administrativo en el que incluso la publicidad formal va a estar limitada, ya que algunas facetas importantes de la actividad del comerciante van a quedar ocultas frente a tercero, no facultándole la posibilidad de que las conozca (así, por ejemplo, la quiebra de la que posteriormente fue rehabilitado —art. 17—). La publicidad formal sólo se manifestará a través de copias o extractos, pero en ningún momento la posibilidad de un examen de los libros por el interesado va a estar permitido.

La regulación del Registro de Comercio viene a suponer incluso un salto atrás en el sentido de que no va a existir ningún precepto del que se pueda deducir mínimamente el intento de crear un sistema de eficacia publicitaria aunque fuere en forma muy atenuada, mientras que, sin embargo, ya existían en otros textos legales normas en las que fácilmente se encuentra base para sostener el tímido reconocimiento de unos efectos publicitarios; normas que pertenecen no sólo al campo civil e hipotecario, fundamentalmente a través de la Ley de Transcripción (78), sino también al más puro campo mercantil como de una interpretación amplia de la Ley de Sociedades de 1867 se podría desprender.

Pero ni la existencia de dichas normas ni la existencia fuera del sistema francés de legislaciones en las que ya se concedía una relevancia al Registro Mercantil a efectos publicitarios [y no hablamos sólo de sistemas legislativos extraños al francés, como podría ser el alemán (79), sino que nos referimos a sistemas de tan clara influencia francesa como pudiera serlo el español (80)] influyeron en el sentido de crear un régimen publicitario que

(76) GAMBEAUX, E., «La législation française du Registre du Commerce», *Annales de Droit Commercial*, 1921.

(77) Por ejemplo, la Ley de Brevets d'Invention de 1944 y la Ley de Mantisements de 1909.

(78) GONZÁLEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1924, págs. 127 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.

(79) Artículos 8-16 HGB.

(80) Artículos 16 y siguientes del Código de Comercio de 1885.

coadyuvara al desenvolvimiento del tráfico comercial, creando una cierta seguridad y confianza formal.

El Registro de Comercio de 1919 fue un Registro en el que no se produjo ninguna consecuencia material de cierta importancia en cuanto que ni siquiera se realizó la centralización publicitaria comercial, puesto que el Registro de Comercio creado va a subsistir con los diferentes modos de publicidad anteriormente existentes (art. 21) y cada uno de ellos va a conservar los efectos propios que venía teniendo. Tampoco se va a producir ninguna consecuencia de tipo sustantivo en cuanto que la inscripción no produce ningún efecto material y la única sanción por inobservancia de la inscripción se mantiene en una esfera meramente penal de carácter pecuniario, siendo en este sentido en el que se hablaba cuando se mencionaban los efectos negativos del Registro. Son negativos en cuanto que la inscripción del comercio le sustrae de toda sanción.

Las críticas efectuadas y la minimización que se ha expuesto de la importancia del Registro de Comercio francés no debe llevar a pasar por alto que la Ley de creación del Registro de 1919 construyó el aparato administrativo y operativo que, con retoques, sigue perviviendo todavía.

A pesar de las críticas con que el nuevo Registro fue acogido por el papel de instrumento de control que se le atribuía, quizás no estaría de más una reflexión en el sentido de admitir que posiblemente una nueva institución, como venía a ser la del Registro de Comercio, desarrollaría una mayor operatividad si se afirmaban, primero, los pilares básicos y se complementaba, después, la institución; a la vez que se procuraba acoplarla paulatinamente a las verdaderas realidades sociales conforme las mismas fueran adquiriendo, en vez de imponer un aparato que pudiera nacer muerto.

Pronto las presiones, tanto de la misma realidad del tráfico comercial que exigía junto a un cierto control público del sistema económico una mayor seguridad jurídica, como de la doctrina tuvieron como consecuencia que a raíz de la creación del Registro se empezara a producir una evolución tendente a hacer jugar al Registro de Comercio un papel cada vez más importante (81).

Fruto de esta situación fueron, fundamentalmente, las siguientes *disposiciones legales de carácter complementario*:

1. La Ley de 1 de junio de 1923, modificada por Ley de 17 de marzo de 1924, haciendo obligatoria la mención del número de inscripción en el Registro en los documentos del comerciante. Esta disposición, junto con las presiones administrativas, que exigían del comerciante su número de inscripción en el Registro Mercantil para la intervención en un gran número

(81) HOUIN, R., y PÉDAMON, M., *Droit Commercial*, París, 1985, págs. 148 y sigs.

de actos de la vida comercial (82), llevaron a que cada vez fuera más grande la importancia que el Registro de Comercio iba adquiriendo, superando los límites previstos por el legislador.

2. Mayor relevancia tiene la Ley de 28 de marzo de 1931, que hizo necesaria la inscripción de determinados actos en el Registro para poder oponerles a terceros, tales como la autorización concedida a un menor para ejercer una actividad comercial y el divorcio o la separación de comerciantes. Es esta disposición, que modifica algunos preceptos del Código de Comercio, la que verdaderamente va a introducir ya en la institución registral el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros. No acierta a introducirla con respecto a la autorización concedida al menor donde la sanción de la no inscripción se plantea todavía en el campo de la ineficacia, pero sin pasar todavía al plano puramente registral que afronte directamente la publicidad frente a los terceros, puesto que la sanción de la ineficacia pertenece al mundo de las relaciones jurídicas extrarregistrales y no es un efecto derivado propiamente del campo publicitario. Sí acierta, sin embargo, a introducir el principio de inoponibilidad de lo no inscrito a los terceros al regular el derecho que tienen los acreedores de oponerse a la sentencia de divorcio o separación que no hubiera sido inscrita en el Registro de Comercio. Es, indudablemente, una manifestación del principio de inoponibilidad, si bien enunciado muy limitadamente puesto que sólo su aspecto negativo se menciona y para nada se alude a la buena fe como posible elemento corrector del principio de inoponibilidad. No obstante, hay que señalar que es a través de esta disposición legal por donde la construcción del Registro de Comercio va a recibir, aunque de manera muy limitada, el contenido material de la publicidad que la institución no recogió en la disposición legal que la creó.

3. La posterior Ley de 9 de enero de 1949 va a introducir como elemento complementario del Registro de Comercio el *Bulletin Officiel du Registre du Commerce*, en el que se debían de publicar las inscripciones hechas en el Registro, completando así el aspecto formal de la publicidad registral.

Junto a estas modificaciones de la situación registral originaria cabría destacar *los proyectos de reforma* en los años 1931 y 1932 y el de mayo de 1948. Los puntos fundamentales sobre los que dichos proyectos se sostenían consistía en (83):

- Establecer la presunción del comerciante inscrito salvo prueba en contrario, alejándose así de la vía alemana de conferir la cualidad de comerciante, pero abandonando también la situación meramente informativa de la Ley de 1919.

(82) SOLÁ CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.

(83) DE LA HAYE, R., *Etude critique du projet de loi sur la reforme du Registre du Commerce*, págs. 447 y sigs.; HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 340.

- La concesión de efectos propios de la publicidad registral a la inscripción, de manera tal que los hechos sometidos a inscripción que no la hubieran realizado no podrían ser opuestos a terceros.

Como puntualizaciones a estos proyectos y fundamentalmente a la del 19 de mayo de 1949, se ha sostenido (84) que eran reformas todavía limitadas en el sentido de faltar en sus disposiciones algunas consecuencias tales como no prever el conocimiento de lo no inscrito, dejar subsistir las otras publicidades, etc. La realidad es que el núcleo fundamental de todas ellas que merece destacarse era el intentar la introducción del efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito.

Las presiones ante la necesidad de construir un aparato registral que garantizase mínimamente la seguridad del tráfico no va a tener solamente como manifestación la vía legislativa, sino que la jurisprudencia y la doctrina van a empujar igualmente en el sentido de conseguir un registro con efecto de publicidad. Así, la doctrina (85) se manifestó continuamente sobre la necesidad y oportunidad de la introducción de efectos publicitarios y, concretamente, del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito. A la vez, la jurisprudencia presionó con sus interpretaciones en el sentido indicado, basándose incluso en el Registro de Comercio para conceder a una persona la cualidad de comerciante, aunque normalmente se tratara de una prueba accesoria unida a otras mejor fundadas; pero va a ser en materia de poderes donde claramente se va a manifestar en el sentido de que la inscripción de los mismos en el Registro de Comercio es condición suficiente para poder oponerlos a terceros, si bien, como afirman HAMEL y LAGARDE, esta construcción carece de todo soporte jurídico, ya que existe todo lo más una situación del mandato aparente (86).

Legislación, doctrina y jurisprudencia presionaban así en el sentido de dotar a la institución registral de unos efectos que dieran una mínima seguridad al tráfico, y estas presiones se verán confirmadas con la reforma introducida por el Decreto de 9 de agosto de 1953.

B) Las presiones ya señaladas, tanto de tipo legal, doctrina o incluso de la misma jurisprudencia, así como las realidades económicas que venían exigiendo un nuevo planteamiento (87), desembocaron finalmente en el *Decreto de 9 de agosto de 1953*.

Al igual que se puede afirmar que la Ley de 1919 constituyó el armazón

(84) DE LA HAYE, R., *ob. cit.*, págs. 447 y sigs.

(85) DE LA HAYE, R., «Le Registre du Commerce, organe possible de publicité legal en matière commerciale», *RTDC*, 1951, págs. 454 y sigs.

(86) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 360.

(87) SOLÁ CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, págs. 1 y sigs.

y la estructura del Registro de Comercio francés y que la misma ha perdurado aunque con retoques hasta el momento, también se puede decir que el Decreto de 9 de agosto de 1953 y su Reglamento de 6 de enero de 1954 (88) aportaron al Registro sus efectos materiales y que las posteriores modificaciones no han constituido sino retoques que han venido girando en torno al sistema de inoponibilidad de lo no inscrito, cuyo contenido legal mínimo nació a raíz de esta reforma.

Aunque el aparato administrativo se viene manteniendo en lo fundamental tal y como lo creó la Ley de 1919, ya que se mantiene el sistema de Registros locales bajo la vigilancia de un Juez y dirigido por el Secretario o *Graffier* (si bien con facultades extraordinariamente aumentadas con respecto a su antigua función de mero vigilante de la regularidad de la inscripción) (art. 55) y de un Registro Central que se encuentra en París, aunque ahora bajo el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, creado por la Ley de 19 de abril de 1951, sin embargo se produce un cambio fundamental de posición en torno al sentido y función del Registro de Comercio francés. El nuevo Registro de Comercio va a pasar de ser un mero casillero administrativo carente de efectos jurídicos a constituir un instrumento de verdadera publicidad registral dotado de unos efectos jurídicos con una coherencia tal que realmente puede hablarse ya de la existencia de un sistema registral.

Las ideas directrices que constituyen este sistema son, siguiendo a HAMEL y LAGARDE (89), las siguientes:

- La inscripción en el Registro de Comercio es obligatoria y necesaria para la adquisición de la cualidad de comerciante, frente a terceros y frente a la administración **pública**.
- La inscripción crea la presunción, salvo prueba en contrario de que el inscrito es comerciante.
- La inoponibilidad de los hechos no inscritos y sujetos a inscripción.
- La inserción dentro del Código de Comercio de la Reforma efectuada por el Decreto de 1953. Inserción que figurará en los artículos 47 y siguientes del Código de Comercio y que se realiza de conformidad con las supresiones y modificaciones establecidas en los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto.

El eje central del sistema de publicidad del Registro de Comercio francés viene constituido en su aspecto sustantivo o material por el efecto de

(88) Se complementan con una Instrucción de 27 de febrero de 1954 y una Resolución del Ministerio de Industria de la misma fecha.

(89) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, págs. 341 y sigs.

la **inoponibilidad** de lo no inscrito, aunque también puede atisbarse una tímida aparición de los efectos presuntivos. Y no podía ser de otra manera dado el escaso papel de control (calificación) que el *Greffier* desempeña. La actuación del *Greffier*, aunque ha sido aumentada con respecto a la función que desempeñaba en la Ley de 1919, sigue siendo todavía mínima y se limita a comprobar la regularidad de la inscripción (art. 55 del CCom), es decir, «a que en la solicitud se contienen todos los datos exigidos» (90) y que, además, «va acompañada de todas las justificaciones necesarias» (91), comprobando si existe «conformidad de las declaraciones con los documentos presentados». En ningún momento está autorizado el *Greffier* a examinar la exactitud y absoluta legalidad del contenido de la declaración en este proceso de control previo de la inscripción y es lógico el limitado alcance con que se establece la regulación de la eficacia registral, ya que la amplitud o limitación del control de la situación inscrita condiciona en gran manera su extensión.

El nuevo Registro de Comercio aparece por primera vez a raíz de 1953 como un instituto de la publicidad legal mercantil, con unos efectos de verdadero carácter registral (92).

a) El Registro de Comercio francés va a girar fundamentalmente en torno a los sistemas registrales que tienen como pilar esencial el efecto material de «la inoponibilidad de lo no inscrito», línea que también es la predominante en el Registro Inmobiliario (93). Y se habla de inoponibilidad de lo no inscrito porque del conjunto de efectos que constituyen la publicidad material sólo el aspecto negativo de la misma es el que de una manera relevante tiene plasmación legal, ya que los demás efectos o no existen o sólo de forma muy relativa se puede hablar de ellos.

El *efecto negativo de la publicidad material* viene construido sobre el siguiente precepto:

Artículo 63: «Las personas físicas o jurídicas obligadas a la inscripción en el Registro de Comercio no pueden oponer a los

(90) El Decreto de 6 de enero de 1954 señala los datos exigidos (arts. 1.º y 2.º).

(91) La Orden de 17 de febrero de 1954 señala los documentos justificantes (arts. 3.º y 4.º).

(92) La doctrina del momento hablaba de «efectos civiles» en lugar de efectos registrales.

(93) GONZÁLEZ, J., «Estudios...», *ob. cit.*, págs. 131 y sigs.; GIMÉNEZ ARNAU, E., *ob. cit.*, pág. 321; LACRUZ, J., *ob. cit.*, págs. 32 y sigs. A raíz de la Ley de 1855 se establece el sistema de inoponibilidad, si bien de una manera limitada y deficiente, aunque disposiciones posteriores, fundamentalmente la Ley de 1935, le corrigieron parcialmente. Estas deficiencias harán que a partir de 1955 se produzca una revisión que con un sistema basado en dicho principio conducirá a un gran perfeccionamiento de la institución registral.

terceros con quienes contratan en razón de su actividad mercantil o a las Administraciones Públicas los hechos sujetos a mención expresados en el siguiente artículo 64, a no ser que estos hechos hubieren sido hechos públicos con anterioridad a la fecha del contrato por una mención llevada al Registro, a menos que demuestren por los medios de prueba admitidos en materia mercantil que en el momento en que contrataron los terceros en cuestión conocían personalmente los hechos de que se trata».

El aspecto de la publicidad material es el único que se encuentra regulado de una manera clara y determinante dentro de los preceptos del Código de Comercio dedicados a los efectos publicitarios (arts. 61 y sigs.). Los terceros van a poder así ignorar aquellas situaciones que, requeridas por la Ley en consideración a su importancia en el tráfico comercial, no han sido llevadas al Registro (94) al haberse dado una limitada primacía a la realidad formal del Registro frente a la realidad material extrarregistral. Este principio de inoponibilidad de lo no inscrito, que parece constituir el eje central del Registro de Comercio francés, debe someterse a las siguientes consideraciones:

1. Nos encontramos ante un efecto legal de inoponibilidad de lo no inscrito que carece en su enunciación de una validez general y sólo tiene relevancia con respecto a aquellos hechos que, como el mismo artículo 63 señala, se expresan en el artículo siguiente. Es una inoponibilidad de carácter limitado a diferencia de otros sistemas que, como el alemán (95), la establecen con carácter general. La consecuencia inmediata es la de una doble regulación: por un lado, la de aquellos hechos comprendidos en el artículo 64, que cuando no están inscritos no pueden ser opuestos a terceros y por lo tanto son desplazados por la realidad formal del Registro de Comercio a favor del tercero de buena fe que confía en ello, y por otro lado, la de todos aquellos hechos que al no estar comprendidos en el artículo 64 son oponibles estén o no inscritos; con la salvedad de que muchos de los hechos no mencionados por el artículo 64 son de obligada inscripción en el Registro de Comercio y su incumplimiento llevaría aparejada no la sanción de la inoponibilidad, sino la del artículo 18 de la antigua Ley del Registro, que en el artículo 2.º del nuevo Decreto de 1953 mantiene en vigor con sus sanciones penales de carácter pecuniario.

2. Por otro lado, el efecto de inoponibilidad de lo no inscrito beneficia

(94) WYSA, G., *ob. cit.*, pág. 27.

(95) Artículo 15.I del HGB.

a los terceros no de un modo general en toda clase de relaciones que con el obligado a inscribir tuvieran, sino tan sólo en el sector «de su actividad comercial». Parecería, en efecto, desbordarse la finalidad del Registro de Comercio al extender sus efectos hacia esferas para las cuales nunca la protección registral fue pensada, ya que ésta va dirigida a la protección de los terceros que fiados de la realidad registral actúan en el tráfico comercial, y ello sin ignorar las dificultades que supone deslindar el campo mercantil. La determinación expresa en el precepto del ámbito jurídico de aplicación evita, sin duda, las posibles ambigüedades que en otras legislaciones se han presentado por faltar una determinación expresa (96).

3. La interpretación *a sensu contrario* del aspecto negativo de la publicidad material lleva a la admisión parcial del aspecto positivo de la publicidad, materia concretamente a admitir que lo inscrito puede ser opuesto a los terceros. Esta afirmación no lleva, sin embargo, a poder sostener la aplicación absoluta del desarrollo de la cognoscibilidad, ya que en ningún momento existe base para poder sostener la presunción de conocimiento por los terceros de los hechos inscritos. Sólo, pues, en un sentido limitado se encuentra desenvuelta la publicidad material del Registro de Comercio francés.

4. La relación entre las inscripciones en el Registro de Comercio y las publicaciones en el *Boletín Oficial del Registro de Comercio y del Registro de Artesanos* podrían plantear la duda sobre si los efectos de oponibilidad e inoponibilidad dependerían del mencionado Boletín. Es decir, si la inscripción y la publicación en el Boletín son elementos suplementarios de los efectos de la publicidad registral en su aspecto material o, por el contrario, para nada interviene la publicación en los efectos materiales de la publicidad registral. La Ley de 1953 nada decía a este respecto, limitándose a señalar en el artículo 49 del Código de Comercio la permanencia de la Ley de 1949 que instituyó la publicación en el mencionado Boletín, y así ante el silencio de la Ley de doctrina se pronunció el sentido de conceder a la publicación en el Boletín un mero valor administrativo, sin que los terceros puedan oponer al comerciante la omisión de la publicación (97).

5. El desarrollo de los efectos de la inoponibilidad de lo no inscrito y su aplicación favorable a los terceros se encuentra atenuado en su aplicación por la introducción de la buena fe del tercero. Parece congruente que si la finalidad del Registro es la de facilitar la cognoscibilidad de aquellas situaciones que pudieran tener una cierta relevancia para los terceros que actúan en el tráfico comercial de manera que le proporcionan una certeza

(96) En el Registro de Comercio alemán el problema se planteó y se resolvió en este sentido.

(97) SOLÁ CAÑIZARES, F., *ob. cit.*, pág. 16.

aunque sea mínima en sus efectos, y esta finalidad se hubiera visto satisfecha al margen del mecanismo registral, la protección registral al tercero sobre situaciones por él ignoradas no tiene sentido en tanto en cuanto el presupuesto básico que es la ignorancia ha desaparecido, puesto que «los terceros en cuestión conocían personalmente los hechos de que se trata».

La prueba de mala fe del tercero que conociendo los hechos intenta la protección registral incumbe naturalmente al titular registral que desea destruir la presunción general de la buena fe.

Puede sostenerse, pues, la construcción de un efecto de inoponibilidad en el que si bien se encuentran presentes los elementos componentes del mismo, sólo en un plano limitado desarrolla su eficacia.

b) *Al lado del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito es posible, si bien con ciertas cautelas y limitaciones, hablar de la existencia de los siguientes efectos publicitarios del Registro de Comercio:*

- La *eficacia presuntiva*, «salvo prueba en contrario», de exactitud y veracidad contenidas en el artículo 61.
- Un tenue efecto de *fe pública* en los artículos 57 y 62.II.
- Y junto a estos efectos, que podrían ser considerados de verdadero carácter publicitario, hay que señalar para dar un cuadro completo la *interferencia del instituto del Registro en la configuración del comerciante* según se desprende del artículo 62, volviendo a involucrar la función puramente de eficacia publicitaria del Registro con la consideración de la inscripción como elemento configurador de la situación que se inscribe.

El Código de Comercio desarrollaba en su artículo 61 una presunción sobre la veracidad de la cualidad del comerciante de aquellas personas que en el Registro de Comercio venían inscritas como tales. Así el artículo 61 señalaba:

«Se presupone que toda persona física o jurídica inscrita en el Registro, salvo prueba en contrario, tiene la cualidad de comerciante en los términos de las leyes en vigor. Queda sometida a todas las consecuencias que derivan de esa cualidad».

La presunción que el Código de Comercio establece es una presunción no definitiva, sino *iuris tantum*, y no podía ser de otra manera dado el limitado sistema de calificación existente para el control de la inscripción del comerciante donde no se faculta para examinar la veracidad de la declaración y su correspondencia con la realidad, existiendo únicamente un control sobre la regularidad de la inscripción.

Es una presunción sobre la cualidad de comerciante que les faculta para obrar y comportarse con plena legitimación como tal y hay que extenderla a todos los efectos, tanto favorables como desfavorables para él. Existe una presunción generalizada tanto para el comerciante como para los terceros que con él se relacionan y así como también para sus responsabilidades frente a la Administración. El comerciante puede hacer valer la legitimación que le otorga el artículo 61, que sólo puede ser destruida si el tercero aporta la prueba en contrario que acabe con la presunción, y al igual el comerciante que frente a los terceros que han confiado en el Registro quiera destruir su imagen de comerciante, debe demostrar que no lo es.

Esta presunción *iuris tantum* sufre una modificación cuando la contradicción entre la realidad registral (consta como comerciante) y a la realidad material (no es comerciante) no proviene de que el que aparece como comerciante o nunca lo ha sido, o si lo fue su empresa comercial ya no existe (en cuyos casos se aplicaría el art. 61), sino cuando la contradicción proviene del hecho de que el que aparece como titular de una empresa ya no lo es porque ella ha sido enajenada o arrendada.

A ese respecto el artículo 62.II señalaba que:

«El comerciante inscrito que cede su establecimiento comercial o arrienda la explotación del mismo no puede alegar la cesación de su actividad comercial para sustraerse a las acciones de responsabilidad de que es objeto a raíz de las obligaciones contraídas por su sucesor en la explotación del negocio más que a partir del día en que es cancelado en el Registro».

El examen de este precepto pone de relieve la introducción en el sistema registral mercantil del Código de Comercio de unos efectos que, aunque muy limitados en su desarrollo y con un alcance mínimo, denotan la influencia del sistema registral alemán (98) y de las construcciones registrales de otros países europeos donde el «principio de la fe pública registral» es, en líneas más o menos amplias, aceptado. Es un precepto que se manifiesta dentro de la continuidad del sistema del Registro de Comercio francés como el eslabón que en un futuro pueda servir de engarce para la aproximación a un sistema registral que en aras de conceder una mayor seguridad al tráfico jurídico tienda a superar el mero sistema de inoponibilidad de lo inscrito.

Es un precepto dirigido a los terceros que habiendo confiado en la apariencia del Registro de Comercio, que ponía de relieve titularidades

(98) HAMEL, J., y LAGARDE, G., *ob. cit.*, pág. 363.

empresariales que no se corresponden con la realidad del tráfico, se ven defraudados en el momento de exigir responsabilidades por aquellas relaciones que quizá no hubieran establecido de haber sabido cuál era realmente el empresario con el que iban a vincular. La Ley, quizá con una construcción excesivamente formal, no va a tener en cuenta la relevancia que el Registro tuvo en el tráfico al relacionar la explotación negocial con un titular aparente, y establece la presunción *iuris et de iure* que va a desarrollar sus efectos partiendo del simple presupuesto formal de la titularidad aparente sin conceder lugar a los aspectos subjetivos (fundamentalmente la influencia que la inscripción pudo tener en la motivación para actuar y la buena fe del tercero que intenta proteger). No parece que el tercero pueda dirigirse contra el titular aparente por la responsabilidad que surja de las relaciones negociales mantenidas con el verdadero empresario por el mero hecho de que aquél aparezca inscrito (99), sino que más bien se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual.

El riguroso formalismo de este precepto conduce a pensar que más que un desarrollo de la fe pública registral que tienda a corregir la injusticia de una falsa apariencia registral en lo que el tercero ha confiado, contiene un procedimiento de coacción con sanción para que el cuadro de titularidades empresariales que ofrece el Registro sea no sólo completo (art. 47, que señala la obligatoriedad de la inscripción para todo comerciante individual o social), sino también exacto (art. 57, que señala la obligatoriedad de pedir la cancelación en el caso de que hubiere dejado de ejercer la actividad que hubiere dado lugar a su inmatriculación).

c) Examinados los efectos que verdaderamente pueden considerarse como publicitarios, procede pasar al estudio de la importancia que tiene la *interferencia del Registro de Comercio en la configuración del comerciante*.

Esta nueva visión en el Registro de Comercio francés de la utilización del instituto publicitario, no sólo ya como un instrumento para la protección de los terceros, sino también como procedimiento técnico-jurídico necesario para la configuración de la cualidad de comerciante, pone de relieve más un aspecto de control estatal en la concesión de la cualidad de comerciante que de protección a los terceros, y esto hasta tal punto que cuando el artículo 62.1 manifestaba que

«... las personas físicas o jurídicas obligadas a la inscripción en el Registro de Comercio que no se han hecho inscribir al expirar

(99) Este sistema al establecer el Decreto de 22 de septiembre de 1953 la publicidad de los contratos de «location-gérance» cambia parcialmente, ya que el arrendador sólo responderá de las deudas del arrendatario hasta el momento de la inscripción del contrato. No obstante lo expuesto sobre el artículo 62.2.º sigue siendo perfectamente aplicable.

el plazo de dos meses no pueden beneficiarse hasta la inscripción de su cualidad de comerciante, tanto frente a terceros como frente a la Administración Pública. No obstante, no pueden invocar su falta de inscripción en el Registro para sustraerse a las obligaciones y responsabilidades inherentes a esta calidad»,

recuerda, sin entrar en valoraciones sobre la necesidad o no de control público para la concesión del *status* de comerciante, a los viejos controles gremialistas y de corporaciones que el Nuevo Orden echó abajo; aunque la finalidad difiera, la técnica se aproxima.

Este precepto viene a crear una situación confusa e intermedia entre la posición de la Ley de 1919, que aunque declara la obligatoriedad de la inscripción para nada viene a interferirse en la conformación del comerciante y la de constitutividad de la inscripción. Ahora es comerciante en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades acaecidas en el ejercicio del comercio; no lo es para aquellos aspectos que le puedan ser beneficiosos.

Es una construcción híbrida (100) en cuanto que, en primer lugar, el comerciante tiene un plazo de dos meses para efectuar su inscripción en el Registro y durante ese período goza de una situación con plenos efectos en lo que a su cualidad de comerciante se refiere, y es sólo a partir de ese momento cuando comienzan los efectos por incumplimiento de la obligación de inscripción del artículo 62.1.º; y en segundo lugar, en cuanto que, como antes se indicaba, parece regir un sistema mixto de obligatoriedad de la inscripción, puesto que si bien para los aspectos favorables no goza de la cualidad de comerciante, sí la tiene para los aspectos desfavorables.

El estudio de contenido de este artículo 62.1.º lleva a la conclusión de que no se está ante un verdadero efecto de la publicidad en su sentido estricto, sino que más bien se contempla, como otras veces se ha señalado, una utilización del mecanismo publicitario para control estatal de determinadas esferas de actividades (101). La sanción al incumplimiento de la obligatoriedad no es la no consideración de su cualidad de comerciante, «no puede beneficiarse hasta la inscripción de su cualidad de comerciante», pero naturalmente y de acuerdo con el principio de derecho de que nadie puede aprovecharse de los efectos que resultan del incumplimiento de las normas

(100) Parece que aunque influenciado por la consideración hacia el sistema alemán construye un sistema híbrido entre la figura del comerciante que lo es por el mero ejercicio del comercio o de alguna de sus ramas —«*Musskaufmann*»— y el comerciante que lo es tal en virtud de la inscripción obligatoria —«*Sollkaufmann*»—, que en realidad es constitutiva (arts. 1-4 del HGB).

(101) Ciertas actividades comerciales no pueden desarrollarse sin la inscripción: comerciantes de objetos de ocasión, ambulantes, etc. SOLA CANIZARES, F., *ob. cit.*, pág. 15.

por él realizadas, expresa el artículo a continuación que «no obstante no puede invocar su falta de inscripción para sustraerse a las responsabilidades...», con lo que se establecen dos tipos de comerciante con diferente *status*: el inscrito y el no inscrito.

Junto a los efectos señalados, que son los que con las consideraciones señaladas constituyen verdaderamente la eficacia publicitaria y en definitiva el sistema registral comercial francés, perduran algunas secuelas de la antigua concepción del Registro como órgano meramente administrativo y sin efectos; y ello se traduce, naturalmente, en lo único que podría traducirse: la sanción con multa por falta de inscripción y la responsabilidad del Notario con respecto a los perjuicios causados por no haber cumplido su obligación de remitir al Registro una copia de la escritura conteniendo los actos registrales que hubiere realizado (art. 65).

El sistema francés del Registro Comercial de 1953 se desarrolla con una línea de continuidad que, aunque no llevó la introducción de efectos publicitarios que pudieran suponer una ruptura absoluta con el sistema anterior, sí mantiene un proceso de perfeccionamiento del sistema publicitario que no va a detenerse. En este sentido, aunque se construye el eje del sistema en torno al principio de inoponibilidad, que ya estaba de alguna manera implícito en los preceptos mercantiles anteriores a 1919 y que si entonces la institución registral no recogió fue probablemente para no causar más alarma ante la novedad de una figura nueva que, como era el Registro Comercial, originaba reticencias y alarmas, se ponen las bases para un posterior desarrollo y perfeccionamiento del sistema de la eficacia registral.

C) La Ley de 1953 y en mucho menor grado sus efectos publicitarios van a sufrir una modificación como consecuencia de la *Ordenanza y el Decreto de 27 de diciembre de 1958* (102).

- La Ordenanza derogó las sanciones pecuniarias que el artículo 3 del Decreto de 1953 había mantenido, dándoles una nueva regulación que establece una mayor dureza en las sanciones (arts. 1 y 2). Junto a la sanción pecuniaria, si bien ésta proviene después de un mandato de inscripción, establece en caso de reincidencia una pena de prisión que puede llegar hasta seis meses de duración, además de la prohibición, si pasó de los tres meses, de ejercer una prohibición comercial o industrial. La nueva regulación pone de manifiesto la invasión de efectos de carácter penal y administrativo que excediendo el terreno meramente privado del conflicto entre las partes pone otra vez de relieve la utilización del Registro de Comercio como órgano

(102) JAUFFRET, A., «Chroniques de législation et de jurisprudence françaises», *RTDC*, 1959, págs. 71 y sigs.

de control estatal para el ejercicio de determinadas actividades, desplazando el conflicto de intereses del terreno meramente privado.

- El Decreto aunque en verdad *conserva el sistema publicitario en sus rasgos esenciales* y la única nota es la de aumentar mínimamente el principio de inoponibilidad a otro supuesto, la revocación de la autorización dada a un menor, lo que va a hacer es *reemplazar los artículos del Código de Comercio (103) por un texto nuevo que va a quedar fuera del Código de Comercio*, texto que manteniendo en lo esencial el de 1953 perdura hasta 1967 con ciertas incidencias que van a ser motivo de una nueva legislación. Se trata de una simple resistematización.

D) *Repercusión en el Registro de Comercio de la Ley 66/537 sobre Sociedades de 24 de julio de 1966*

La Ley de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales añade al conjunto del sistema publicitario del Registro de Comercio nuevos preceptos que, junto al tratamiento tradicional que al tema de la publicidad de las sociedades se venía dando, va a introducir una nota novedosa para las disposiciones del derecho societario francés en torno al tema de la configuración de la personalidad jurídica.

Hay que tener en cuenta que la Ley de 4 de enero de 1978, que modificó el título IX del Código Civil («De la société»), ha regulado en su capítulo primero una serie de disposiciones generales (arts. 1.832 y sigs.) comunes a todas las sociedades salvo que la Ley disponga otra cosa (art. 1834), adoptando en los temas que se exponen unas soluciones muy similares a las que contiene la Ley de 24 de julio de 1966.

La Ley de 1966 sobre Sociedades va a modificar la situación hasta el momento vigente al establecer que «las sociedades mercantiles gozan de personalidad jurídica a partir del día de su inmatriculación en el Registro de Comercio» (art. 5), siendo ésta la solución ahora recogida expresamente por el Código Civil para todas las sociedades (art. 1842) excepto para las de cuentas en participación.

El tema de la concesión de la personalidad vuelve en cierta medida a escaparse de las manos de los particulares al tomar en consideración la relevancia que tiene para terceros la aparición en el tráfico de un ente societario. El instituto del Registro de Comercio no sólo asume la tradicional función atribuida a los Tribunales en la Ley de 24 de junio de 1867

(103) Artículos 47-65 y 68-70.

sobre Sociedades por acciones que se interfería en los negocios societarios y su validez, sino que también va a constituirse en mecanismo para la concesión de la personalidad; junto a ello la inscripción registral desencadena naturalmente, además, los efectos propios del sistema publicitario del Registro de Comercio.

El problema del tratamiento de la ausencia de personalidad jurídica como consecuencia de la falta de inscripción, tradicionalmente considerado entre nosotros bajo las llamadas sociedades irregulares, se plantea así como una novedad para las sociedades mercantiles a las que tradicionalmente se les venía reconociendo personalidad jurídica como consecuencia de su constitución y al margen de las exigencias de la publicidad (104).

El carácter constitutivo de la inscripción como exigencia para la atribución de personalidad jurídica para cualquier tipo de sociedad no va a permitir tampoco, como solución para el tratamiento de las sociedades no inscritas que actúan en el tráfico, su reconducción a una sociedad personalista, ya que incluso para éstas la exigencia de la inscripción constitutiva de su personalidad jurídica se muestra como ineludible. Pero es que además las mismas dificultades ofrecen su reconducción a una sociedad civil en cuanto que también ellas están sometidas a la exigencia de su inscripción en el Registro de Comercio como requisito constitutivo de su personalidad jurídica (art. 1.842 CC).

Estas dificultades llevan a que la actuación de las sociedades no inscritas sea contemplada, con independencia de que sean «sociedades irregulares» sin voluntad de ser inscritas, bajo el régimen de las «sociedades en formación» que conlleva la responsabilidad solidaria e indefinida de las personas que han actuado en su nombre por los actos realizados antes de haber adquirido personalidad jurídica, salvo que la sociedad los asuma después de haber sido regularmente constituida e inscrita (art. 5). Esta construcción es la recogida también por el Código Civil, salvo que no se tratase de una sociedad mercantil (art. 1.843), a la vez que remite las relaciones internas entre socios al contrato de sociedad y a los principios generales en materia de obligaciones y contratos (art. 1.842).

La incidencia de la publicidad en el campo de las sociedades se desenvuelve además en otra faceta: la del régimen de nulidad de las sociedades aplicables en este caso al supuesto de incumplimiento de las «formalidades de publicidad».

La Ley de Sociedades de 1966 establece que «la nulidad de una sociedad no puede resultar nada más que de una disposición expresa de la

(104) HERMARD, J.; TARRÉ, F., y MABILAT, P., *Sociétés commerciales*, t. I, París, 1972, págs. 135 y sigs.

presente Ley o de aquellas que regulan la nulidad de los contratos» (art. 360 y 1.844.10 CC) (105). Y un atento examen de la Ley sólo muestra un precepto que concreta la aplicación general del régimen de nulidades al problema de la publicidad de las sociedades y su cumplimiento. Es el artículo 361 cuando expresa que «el cumplimiento de las formalidades de la publicidad es necesario bajo pena de nulidad en las sociedades colectivas y comanditarias... sin que los socios y la sociedad puedan prevalerse frente a terceros de esta causa de nulidad...»

La referencia a los términos «cumplimiento de las formalidades de la publicidad» podría hacer pensar que aquellos abarcan a todo tipo de exigencia publicitaria, incluida la inscripción. En consecuencia, se establecería así un régimen diferente según cuál fuera el tipo societario que no cumpliera la exigencia de inscripción (106). Las sociedades personalistas no inscritas se someterían al tratamiento general de las nulidades (arts. 360 y sigs.), salvo que fueran sociedades en formación (art. 6), mientras que las sociedades de capital, no. Esta solución permitiría incluso considerar la posibilidad de subsumir bajo tipos personalistas, a efectos de exigencia de responsabilidades frente a terceros, las sociedades de capital no inscritas y siempre que no fueran sociedades en formación (art. 6).

No parece que sea ésta la opinión de la doctrina francesa que entiende, después de las novedades introducidas en torno a la personalidad jurídica, que no es posible hablar de sociedades nulas con respecto a las sociedades no inscritas, fuera cual fuese el tipo societario. La no inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro de Comercio (art. 1 D. 67/236, de 23 de marzo de 1967, y el art. 11 D. 67/237, de 23 de marzo de 1967) supone su inexistencia como persona jurídica, pero no su nulidad (107). En este sentido, no es posible por lo tanto hablar de sociedades de hecho ni tan siquiera para las sociedades personalistas (108), por lo que la referencia al incumplimiento de las formalidades de la publicidad afecta a otras diferentes que la inscripción (109).

El hecho de que el incumplimiento de «las formalidades de publicidad» sea considerado como una causa de posible nulidad (arts. 360 y 361) tan sólo para las sociedades colectivas y comanditarias tiene su razón de ser en

(105) Se prescinde aquí de hacer una exposición completa del tratamiento de las nulidades en las sociedades por constituir una faceta que sólo tangencialmente interesa en alguno de los aspectos y a los que a lo largo del trabajo se alude.

(106) Esta parece ser la posición de AFFERNI, V., *ob. cit.*, pág. 169.

(107) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, págs. 672 y 788.

(108) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, págs. 539 y sigs.

(109) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, pág. 563. *Vid.* artículos 281 y sigs. del Decreto 67-236, de 23 de marzo de 1967, referentes a las exigencias de formalidades de publicidad para todas las sociedades.

que este texto se adoptó en un estado de la discusión parlamentaria de la Ley en la que el legislador, aunque decidido a la introducción de un régimen de control previo para las sociedades, probablemente por influencia del entonces Proyecto de Primera Directiva sobre Sociedades (110), sólo lo exigía para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (111). En consecuencia, las sociedades personalistas quedaban sometidas al sistema tradicional francés de constitución de las sociedades sin control previo, si bien con sanciones de nulidad para las irregularidades habidas en su constitución.

Una vez que la Ley ha extendido la personalidad jurídica a todas las sociedades desde el momento de su inscripción y se estableció para ellas un control previo a su constitución (arts. 16 y sigs. D. 67/237, de 23 de marzo de 1967), carece de sentido no sólo el tratamiento diferente para unos y otros tipos de sociedades, sino también la razón de ser de esta causa de nulidad, que en todo caso queda al arbitrio de los Tribunales (112).

La falta de inscripción de una sociedad sólo permite hablar de su carencia de personalidad jurídica, pero no de su nulidad (113), y en consecuencia la actividad de una sociedad no inscrita es un tema que no se puede contemplar bajo el tratamiento establecido para la nulidad de sociedades por la Ley.

El tratamiento que la Ley de Sociedades da al régimen de nulidades intenta, de un lado, limitar su aplicación y, de otro, evitar que sus efectos puedan afectar a terceros.

Así, la Ley tiende primero a evitar el coste social que llevaría consigo la desaparición de una sociedad como consecuencia de su nulidad mediante el establecimiento de un sistema que persigue su continuidad en el tráfico (114) y para ello:

— Limita notablemente las causas de nulidad que no puede resultar nada más que de una disposición expresa de la presente Ley de

(110) GARCÍA VILLA VERDE, R., «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE» (1.^a y 2.^a Directrices), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. III, Madrid, 1986, págs. 203 y sigs.

(111) HEMARD, J.; TERRE, F., y MABILAT, P., *ob. cit.*, págs. 171 y sigs.

(112) Tiene relevancia al señalar que los estrechos límites del poder de control de «la declaración efectuada por los fundadores» que señalaba la Ley de 1966 (art. 6.^o) se ven aumentados como consecuencia de un Decreto de 24 de diciembre de 1969 que, por exigencia de adaptación a la 1.^a Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, modifica el artículo 16 del Decreto de 23 de marzo de 1967, que completaba la Ley de 1966.

(113) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité élémentaire...*, *ob. cit.*, t. I, París, 1986, pág. 788.

(114) Centre Montpellierien du Droit de l'Entreprise, «La protection des tiers dans le Droit des Sociétés», *RTDC*, 1971, págs. 29 y sigs.; DALSAË, A., *Manual de sociedades anónimas*, París, 1967, pág. 74.

Sociedades o de las que regulan la nulidad de los contratos (arts. 360) (115), y siempre que siga subsistiendo (art. 362). En este mismo sentido lo hace el Código Civil para todas las sociedades (arts. 1.844.10 y 1.844.11).

- Facilita la legislación la posibilidad de reparar la existencia de alguna causa de nulidad para que cese la acción de nulidad, facultándose incluso al Tribunal fijar un plazo que permita la reparación de la misma y a los terceros interesados el ejercicio de una acción tendente a ello (arts. 363, 365) de la Ley de Sociedades y el Código Civil para todas las sociedades (arts. 1.844.12 y 1.844.13).
- Se señala un plazo de tres años que marca la prescripción de la acción de nulidad (arts. 367 de la Ley de Sociedades y 1.844.14 CC).

La doctrina, de otro lado, había venido construyendo para amparo de terceros la teoría de las «sociedades de hecho» que bajo la Ley de Sociedades y el Código Civil, ahora modificado, va a contar con apoyo suficiente para hacer incuestionable su aplicación. Se trata en definitiva que en el caso de que, a pesar de la técnica expuesta, una sociedad sea declarada nula después de haber actuado en el tráfico, la apariencia haya sido suficiente como para mantener los derechos adquiridos por terceros. De lo contrario, la aplicación estricta de la teoría de la nulidad llevaría también a la anulación de todo lo por la sociedad realizado con el consiguiente perjuicio de todos aquellos terceros que habían confiado en su plena capacidad. Así ahora de forma explícita establece la Ley que ni la sociedad ni los socios pueden aprovecharse de una nulidad frente a terceros, si bien con el solo límite de que éstos hubieran procedido de buena fe (arts. 361 y 369 de la Ley de Sociedades y art. 1.844 CC).

4. LA REFORMA POSTERIOR DEL SISTEMA REGISTRAL

Las reformas acaecidas en los años que transcurren desde 1967 a 1984 van a marcar otro jalón en la evolución de la eficacia publicitaria, si bien estas disposiciones legales no van a intentar, ni mucho menos, una reforma radical del anterior sistema registral, cuyos pilares venían constituidos por el Decreto de 1953 (116), la Ley de 1949 creadora del *Boletín Oficial del*

(115) Es de señalar la reducción de causas de nulidad que efectúa en la Ley de 1966 y en lo que a sociedades por acciones se refiere como consecuencia de la Orden de 20 de diciembre de 1969.

(116) JAUFFRET, A., *ob. cit.*, págs. 395 y sigs., y *Manual de Derecho Comercial*, París, 1973, pág. 60.

Registro de Comercio y la Ley de Sociedades de 1966. El nuevo sistema registral va a mantener casi inmutables los efectos fundamentales del anterior período (117). Las nuevas disposiciones son casi un calco de aquellas a las que intentan sustituir, y muchas de las veces no hay tal sustitución, sino sólo un desarrollo o complemento. Son modificaciones que van dirigidas fundamentalmente a tener en cuenta los cambios de derecho material producidos por las modificaciones del Código de Comercio y del Código Civil, y sobre todo las innovaciones producidas por la Ley de Sociedades de 1966 y nunca a alterar sustancialmente el sistema de eficacia publicitaria establecido.

Las *disposiciones* esenciales que van a constituir el núcleo del sistema registral comercial francés son las siguientes:

1.º La Ley 66/537 sobre Sociedades Comerciales de 1966, completada por un importante *Decreto 67/236, de 23 de marzo de 1967* (en materia publicitaria, arts. 281 y sigs.) y una *Ordenanza de 20 de diciembre de 1969* cuya finalidad es la adaptación de la primera Directiva del Consejo de la Comunidad del 9 de marzo de 1968.

2.º El *Decreto 67/237, de 23 de marzo de 1967*, que regula el Registro de Comercio y que está completado por «un aîrête» de la misma fecha, precisando ciertas modalidades sobre piezas que han de aportarse al Registro. Es una nueva regulación del Registro de Comercio que en lo que a su eficacia se refiere constituye prácticamente una repetición de la anterior.

3.º El *Decreto 67/238, de 23 de marzo de 1967*, instituyendo el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*.

A) Los efectos publicitarios en la nueva regulación del Decreto 67-237, de 1967, van a ser, salvo mínimas variaciones, una transcripción de los preceptos del Decreto de 1953, y por lo tanto son de aplicar casi exactamente aquí las consideraciones anteriormente hechas (118), y no es necesario una repetición de las mismas. Se vuelve a poner de relieve la continuidad evolutiva del sistema y la justificación de su exposición.

El artículo 41 de la nueva regulación del Registro:

«Toda persona inmatriculada en el Registro de Comercio se presume, salvo prueba en contrario, que tiene la cualidad de comerciante en los términos de las leyes en vigor. Está sometida a todas las consecuencias que se derivan de esta cualidad»,

(117) JUGLAR, M., y IPPOBITO, B., *Droit Commercial*, París, 1979, pág. 295.

(118) *Vid.* págs. 3839 y sigs.

no es otra cosa que la transcripción del artículo 61 del Decreto de 1953 (119), con la salvedad de que en la nueva redacción la presunción de la cualidad de comerciante, que la antigua redacción de 1953 extendía expresamente a toda persona física o jurídica, no va a referirse a ambas ya; la razón va a ser probablemente que la forma de las sociedades es suficiente para determinar su carácter mercantil. El tipo, en definitiva, determina el *status*, y así el artículo 1.º de la Ley de Sociedades de 1966 señala que:

«El carácter comercial de una sociedad se determina por su forma... Son mercantiles por razón de su forma cualquiera que sea su objeto, las sociedades colectivas, las comanditarias, las de responsabilidad limitada y las anónimas»,

de manera tal que la presunción salvo prueba en contrario del Registro va a resultar inútil frente a la presunción que de una manera absoluta fija la Ley de Sociedades. El registro pierde valor en cuanto a la aplicación del principio de legitimación con respecto a las sociedades mercantiles. La distinción es importante ya que mientras la presunción *inris tantum* en la práctica no tiene una gran diferencia con la mera presunción de hecho, puesto que el cambio en la carga de la prueba no tiene importancia determinante en un proceso judicial (120), no sucede lo mismo con la presunción absoluta que añade ahora la inscripción de las sociedades.

El artículo 42 del nuevo texto del Decreto de 1967 mantiene idéntica la redacción que la Ley de 1953 daba en su artículo 62.I para la regulación del control de la cualidad del comerciante y a lo allí dicho nos remitimos (121).

Son excluidas del precepto las sociedades, y ello al quedar sometidas después de la Ley de Sociedades de 1966 a un sistema de determinación normativa para el nacimiento de la personalidad jurídica, por lo que parece claro que el tipo de sanción del artículo 42 sobra; máxime cuando incluso para el mero aspecto contractual el incumplimiento de las formalidades publicitarias se haya establecido la nulidad del mismo, si bien de una manera restringida tanto en extensión al afectar sólo a las sociedades de carácter personalista (art. 361), como en sus consecuencias que se ven restringidas por la construcción de las sociedades de hecho y el tratamiento de la denominada nulidad relativa.

Es, en definitiva, una modificación que ha querido mantener la congruencia con las variaciones experimentadas en algunos aspectos de la legislación, pero nunca afectar a la raíz del sistema publicitario.

(119) *Vid.* pág. 3840.

(120) RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 3840.

(121) *Vid.* pág. 3840.

El segundo párrafo del artículo 42 permanece idéntico a la redacción originaria del artículo II de la antigua Ley de 1953 que, como en páginas anteriores se mencionaba, parece que por influencia tiende a introducir en el Derecho francés el principio de la fe pública registral y a él nos remitimos en todo lo dicho.

El centro del sistema de eficacia publicitaria del Registro Comercial francés continúa estando constituido por el efecto de la «inoponibilidad de lo no inscrito». Con independencia de la realidad material de las modificaciones jurídicas fuera del mundo del Registro, se pretende dar seguridad al tráfico de manera que a los terceros se les proporcione un sistema de cognoscibilidad de aquellos hechos relevantes para el tráfico comercial a fin de evitar la continua investigación de sucesos que pudieran haber alterado la realidad que se les aparece; apariencia que se tiende a hacer coincidir con la realidad mediante la obligatoriedad de la inscripción y la denegación de efectos a aquellas situaciones que no han sido publicadas de manera que no puedan afectar a los terceros que se fieron de la realidad publicada. Es el viejo tema de la seguridad de los derechos y la seguridad del tráfico trasladado al campo de las relaciones comerciales y que ya venía siendo el centro del sistema registral francés desde la publicación de la Ley de 1953 en sus artículos 63 y 64 (122). Sin embargo, este efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito, aunque sigue siendo el centro y no podía ser de otro modo dado el precario sistema de calificación (123), va a recibir ciertas modificaciones que, aunque en cierta manera contribuyen a darle un mayor perfeccionamiento, por otro lado van a inducir a cierta confusión.

El tratamiento que el sistema registral mercantil venía dando a la inoponibilidad de lo no inscrito estaba limitado en su campo de aplicación, ya que sólo eran inoponibles los hechos inscribibles taxativamente señalados por el artículo 64, mientras que para otros hechos inscribibles no era de aplicación el mencionado régimen. Este tratamiento va a cambiar a raíz de la nueva regulación del Decreto de marzo de 1967, que tiene ya en su apoyo no sólo una evolución en el campo doctrinal, sino también en el legislativo, puesto que a raíz de 1955 va a quedar definitivamente configurado en el registro de la propiedad inmobiliaria en torno al sistema de inoponibilidad

(122) *Vid.* pág. 3841.

(123) A pesar de que algunos autores señalan que en materia de sociedades se ha introducido el control judicial en virtud de la modificación del artículo 16 del Decreto de 23 de marzo de 1967, en cumplimiento del artículo 10 de la Directriz de 1968, no parece que se haya establecido un gran cambio que facilite el examen a fondo de la regularidad de la constitución. CENTRE MONPELLERIEN, *ob. cit.*, pág. 28; HEMARD, J.; TERRE, F., y MABILAT, P., «La douzième réforme du Droit des Sociétés Commerciales», en *Revue des Sociétés*, 1979, págs. 197 y sigs.

de lo no inscrito (124). El Decreto de 23 de marzo de 1967 extiende de una manera general los efectos de la inoponibilidad a todos los hechos sujetos a inscripción, superando la vieja concepción de una inoponibilidad limitada. Y así, el artículo 43 afirma que:

«Las personas sujetas a inmatriculación en el Registro de Comercio no pueden en su actividad comercial oponer ni a los terceros ni a la administración, que sin embargo pueden utilizarlos en lo favorable, los hechos sujetos a mención excepto en el caso de que hubieren sido publicados. Esta disposición no es aplicable si los obligados demuestran que en el momento en el que contrataron, los terceros conocían el hecho de que se trata».

Es una redacción que en lo sustancial reproduce y conserva el tratamiento que al efecto de inoponibilidad daba el artículo 63 del Decreto de 1953, contemplando sólo el aspecto negativo de la publicidad material y manteniendo la buena fe como atenuante de la rígida aplicación del efecto de inoponibilidad; razones por las que en las consideraciones sobre estos aspectos habrá de referirse a lo ya indicado cuando dicho artículo 63 se examinó (125).

La segunda modificación que el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito recibe va a constituir en el momento a partir del cual dicho efecto cesa. Mientras que de una manera general el nuevo Decreto de 1967 mantiene como tal el momento de la inscripción, la modificación para las sociedades hecha por la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969 resultante de la adecuación a la Primera Directriz sobre sociedades de la CEE de 9 de marzo de 1968, señala un plazo de dieciséis días desde que se publicó la inscripción en el *BODAC*, pasando a constituir un elemento de la publicidad formal parte del juego de los elementos de la publicidad material (126). Se plantean con ello problemas derivados de un doble tratamiento en cuanto al momento de la eficacia de lo publicado, ya que los aspectos no societarios siguen con el régimen general de oponibilidad desde la inscripción, que al estudiar el Boletín examinaremos, y que han dado lugar a que se hayan producido derogaciones de un régimen publicitario que el Decreto de 1967 se había esforzado en unificar (127).

(124) PEÑA, M., *ob. cit.*, págs. 722 y sigs. En el primer Congreso de Derecho Registral (2-6 mayo 1961), Madrid, 1965: Ponencias de NERSON, R., *Carácter obligatorio de la publicidad inmobiliaria en el Derecho positivo francés*, págs. 341 y sigs.; BOULANGER, J., *Observaciones sobre la publicidad inmobiliaria en Francia*, II, págs. 363 y sigs.

(125) *Vid.* pág. 3841.

(126) HOUIN, R., «Sociétés par actions», *RTDC*, núm. 4, 1969, págs. 999 y sigs.

(127) HOUIN, R., *ob. cit.*, págs. 1008 y sigs.

B) En el tratamiento dado a la publicidad por las disposiciones legales de naturaleza societaria junto a la Ley de Sociedades de 1966, ya analizada en este punto, hay que citar el Decreto de 23 de marzo de 1967, número 67-236, y la Ordenanza de 20 de diciembre de 1969.

El Decreto de 1967 no va a introducir modificaciones relevantes en materia de publicidad material ya que en el ámbito publicitario lo que va a hacer es desarrollar las formalidades publicitarias exigidas por la Ley de 1966 (art. 4), estableciendo además la publicación de un aviso antes de la inmatriculación en el Registro con los datos señalados por el Decreto (art. 285) y exigiendo a continuación de la inscripción en el Registro de Comercio la necesidad de publicar en el *BODAC* la constitución de la sociedad (art. 286); pero en ningún momento se les quiso considerar parte del mecanismo de la publicidad material aunque el incumplimiento del primer aspecto a veces fue considerado como causa de nulidad según ya se expuso.

De mayor interés es la Ordenanza de 1969 que intenta adecuar la legislación francesa a la Primera Directriz de la Comunidad Económica Europea de 9 de marzo de 1968 (128) y que introdujo, entre otras, dos modificaciones que en cierta manera afectan a la publicidad material: la introducción del *BODAC* dentro del juego de la publicidad material con los problemas que a continuación se señalarán y la exigencia de un plazo de dieciséis días desde la publicación para comenzar a ser posible la oposición a terceros de los hechos inscritos, lo cual venía a introducir un plazo prudente para facilitar a los terceros la posibilidad de acceder al conocimiento de lo inscrito en el Registro derogando en los que a la sociedad se refiere la inmediatez en la oponibilidad de los hechos registrados (art. 43, D. de 23 de marzo de 1967).

C) El Decreto 67/238, de 23 de marzo de 1967, introduce el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales* que va a reemplazar al *Boletín Oficial del Registro de Comercio*, conservando las grandes líneas de la reglamentación anterior en cuanto que dedicado a publicar un extracto de las declaraciones hechas en el Registro de Comercio (art. 2), en ningún momento su cometido era otro que el de la publicación formal, y sin que tampoco los terceros pudieran oponer al comerciante la falta de publicación en el mismo. Sin embargo, la Ordenanza de 1969 que introduce un nuevo artículo 4.I en la Ley de Sociedades de 1966, consideró dicha publicación como un elemento del juego de la oponibilidad para las sociedades, ya que los hechos sólo serán oponibles a los dieciséis días de la publicación en el Boletín (129).

(128) CENTRE MONPELLERIEN, *ob. cit.*, pág. 32; GOLDMAN, B., *Droit Commercial Européen*, París, 1983, págs. 259 y sigs., y 721 y sigs.; HEMARD, J.; TERRE, F., y MABILAT, P., «La douzième réforme du Droit des Sociétés Commerciales», *Revue des Sociétés*, 1970, págs. 197 y sigs.

(129) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *ob. cit.*, pág. 151.

De manera tal que va a atribuirse a la falta de una exigencia que es tarea del funcionario del Registro (art. 13 del Decreto) efectos perjudiciales para la sociedad que permanece al margen del procedimiento de publicación, introduciendo además la confusión de un doble régimen en la aplicación de la oponibilidad con respecto al momento en que comienza. Así, mientras para las sociedades comenzaría, como se ha señalado, a los dieciséis días de la publicación en el Boletín, para los comerciantes debería comenzar, según el régimen general del artículo 43 del Decreto, desde el momento mismo de la inscripción en el Registro. Se hace necesario proceder a una concordancia que debería tender hacia la solución *apuntada* por la Ordenanza de 1969 no sólo por razones de practicidad en cuanto que tienda a la homologación de las legislaciones europeas, sino también por razones de estricta justicia que parece mejor servida desde el momento que a los terceros se les concede un plazo prudencial para poder tener conocimiento de las modificaciones sufridas en el Registro y que a estos se les vincula a la publicación del *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*.

El Registro de Comercio, así como el *Boletín Oficial de Anuncios Comerciales*, van a pasar finalmente a llamarse a raíz del Decreto 78-706, de 3 de julio de 1978, que recoge las variaciones habidas en el Código Civil y especialmente la obligación para las sociedades civiles de inscribirse «Registro del Comercio y de las Sociedades» y «Boletín de Anuncios civiles y comerciales», respectivamente.

5. LA REGULACIÓN DEL REGISTRO DE COMERCIO Y DE SOCIEDADES
EN EL D. NÚMERO 84-406 DE 30 DE MAYO DE 1984 (JO DE 31 DE MAYO)

El Registro de Comercio y de Sociedades ha sido recientemente objeto de una nueva regulación por el Decreto 84/406, de 30 de mayo, que ha venido a sustituir, derogándole entre otras normas (arts. 82 y sigs.), al hasta entonces vigente Decreto 67/237, de 23 de marzo de 1967 (130).

En sus líneas generales este nuevo Decreto no ha supuesto otra cosa que una reorganización sistemática de los preceptos vigentes, pero sólo con mínimas modificaciones de carácter sustantivo de cierta importancia. En este sentido ha sido un Decreto no sólo inesperado, sino también injustificado en cuanto que las pocas modificaciones habidas podían haber sido perfectamente introducidas en la normativa existente (131).

(130) Este nuevo Decreto se ha visto completado por otros dos de la misma fecha: Uno que prevé el paso obligatorio por los centros de formalización de empresas (núm. 84-405 J.O. de 31 de mayo) y otro referente a las modalidades de inscripción en el Registro para ciertas sociedades (núm. 84-407 J.O. de 31 de mayo).

(131) DERRUPPÉ, J., «Actes de commerce, commercante et fins de commerce»,

En relación con lo que viene siendo el contenido de este estudio, limitado exclusivamente al examen de la eficacia de la publicidad registral, hay que decir que, aún manteniendo como centro el efecto de la inoponibilidad de lo no inscrito, se producen innovaciones que no sólo suponen mejoras de carácter técnico, sino también un comienzo de cambio en orden a la valoración de lo que puede suponer el control de las situaciones inscribibles. En todo caso las nuevas modificaciones introducidas mantienen la constante, analizada en todo el proceso evolutivo del Registro de Comercio, de propiciar una lenta evolución de sistema de eficacia publicitaria registral que no significando una ruptura con el modelo anterior supone siempre una cierta perfección del mismo a la vez que se establecen las bases de una posterior modificación.

Las consecuencias que se derivan de la inscripción vienen recogidas básicamente en los artículos 64 a 66 del nuevo Decreto, que en lo esencial mantienen el núcleo de lo regulado en los artículos 41 a 43 del Decreto de 23 de marzo de 1967 que ahora se deroga, sobre la eficacia de la inscripción con respecto al comerciante y a las situaciones no inscritas que obvian repetir su exposición. Existen no obstante modificaciones que es necesario resaltar y valorar tanto por sus consecuencias como por lo que suponen de mejoras técnicas.

Aunque no sea estrictamente materia de lo que podría ser considerado eficacia publicitaria, se hace también necesario abordar por la íntima conexión que con ello tiene el tema de la ampliación de los poderes del *Greffier*, que podría incluso suponer un primer paso en la admisión dentro del sistema francés del efecto presuntivo de legalidad de lo inscrito.

A) Los efectos de la inscripción del comerciante se estructuran en torno a las consecuencias que derivan tanto de su inscripción como de su omisión (arts. 64 y 65.1) y de una manera similar a la etapa anterior aunque contenga alguna novedad:

- «La inscripción de una persona física conlleva la presunción de la cualidad de comerciante. No obstante, esta presunción no es oponible ni a los terceros ni a las administraciones que aporten la prueba en contrario, los terceros y las administraciones no pueden valerse de la presunción si sabían que la persona inscrita no era comerciante» (art. 64).
- «La persona obligada a inscribirse que no lo hubiera hecho después de un plazo de quince días desde el comienzo de su actividad, no

RTDC, núm. 4, octubre-diciembre, pág. 652; RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 144. *Vid.* con respecto a este tema, citados por DERRUPPÉ, J., *Le Cannu, M.P.* Les Petites affiches, 11 de septiembre de 1984, págs. 4 y sigs.; ROTY, «Refonte de la réglementation du Registre de Commerce et des Sociétés», *JCP*, éd. not. 1984, Prat, 9129.

puede valerse, hasta que se inscriba, de la cualidad de comerciante tanto en lo que respecta a terceros como frente a las administraciones públicas. No obstante, ella no puede invocar su falta de inscripción en el registro para sustraerse de las responsabilidades y obligaciones inherentes a esta cualidad» (art. 65.1).

La inscripción del comerciante supone la presunción de tal cualidad, si bien ahora de forma expresa sólo con respecto a «las personas físicas». Esta explícita limitación supone un perfeccionamiento técnico no sólo por lo innecesario de la presunción con respecto a aquellas personas jurídicas que son comerciantes por razón de la forma y de su inscripción en el Registro (Ley de Sociedades de 1966 en su art. 1), sino también porque existen personas jurídicas que incluso con obligación de inscribirse o no son comerciantes (sociales civiles) o pueden no serlo en función de cuál sea su objeto (agrupaciones de interés económico).

La presunción de la cualidad de comerciante sigue siendo una presunción con la posibilidad de prueba en contrario, si bien esta posibilidad queda ahora limitada exclusivamente a «los terceros y a las administraciones que aporten la prueba en contrario». Esta limitación acaba con las dudas planteadas en torno al régimen legal anterior (art. 41 D. de 1967) que, al no delimitar quiénes eran los posibles beneficiarios de esta prueba en contrario, había llevado a la jurisprudencia a admitir la prueba en contra proporcionada por el propio comerciante inscrito. Se podía llegar así a la incongruencia de que una persona se inscribiera como comerciante para confundir a terceros y a la vez pudiera escapar de las obligaciones inherentes a su *status* de comerciante demostrando su no cualidad de tal (132).

La nueva regulación establece de esta forma una presunción absoluta a favor de terceros y en contra del que aparece inscrito como comerciante, en términos parecidos, aunque las consecuencias sean diferentes, a lo que venía sucediendo en la anterior regulación con respecto «al comerciante inscrito que transmitía su empresa o cedía su explotación» y no cancelaba su inscripción de comerciante o efectuaba las menciones correspondientes (art. 42.2, D. de 1967) y que literalmente también mantiene la nueva regulación (art. 65.2, D. de 30 de mayo de 1984).

La presunción juega en consecuencia a todos los efectos tanto a favor del comerciante inscrito como de terceros, siendo sin embargo sólo éstos los que tienen la posibilidad de destruir tal presunción mediante la prueba en contrario.

(132) DERRUPPÉ, J., *ob. cit.*, pág. 654; HOUIN, R., y PÉDAMON, M., *ob. cit.*, pág. 164; RIPERT, G., y ROBLLOT, R., *ob. cit.*, pág. 152.

La regulación de la presunción a favor de terceros añade, sin embargo, un límite nuevo en lógica concordancia con lo que significa la defensa de la apariencia en la seguridad del tráfico, ya que la exigencia de la buena fe se configura como un requisito necesario para los terceros que intentan valerse de los efectos de la inscripción en cuanto que no pueden utilizar la presunción de la cualidad de comerciante «si sabían que la persona inscrita no era comerciante».

Los efectos de la inscripción parten, al igual que en la anterior regulación, del carácter obligatorio de la misma (arts. 7 y 65) de la que se deriva una presunción de dicha cualidad de comerciante en los términos ya señalados que aunque han supuesto una indudable mejora técnica no constituyen un cambio sustancial de su tradicional tratamiento legal.

La falta de inscripción de las personas obligadas a hacerlo sigue teniendo exactamente las mismas consecuencias establecidas en la anterior regulación (art. 42 D. de 1967) y que a su vez repetía los términos de la anterior normativa (art. 62.1 D. de 1953), ya que copia sus términos de manera casi literal (art. 65.1), haciendo que carezca de sentido el volver a repetir aquí lo que ya en su momento se dijo a la vez que se pone de relieve otra vez la constante continuidad en la evolución del Registro de Comercio.

En este sentido la no cancelación de la inscripción del comerciante que ha cesado en su actividad, sea cual fuere la causa, supone la posibilidad de su consideración como tal por los terceros de buena fe hasta que aquella sea llevada a cabo (arts. 41 y sigs.) en cumplimiento de la exigencia que en este sentido impone el propio texto legal (arts. 13 y 24); sin que de esto se pueda deducir que la cancelación de la inscripción del comerciante que continúa en el ejercicio de su actividad suponga ni la pérdida de la cualidad de comerciante ni tan siquiera la presunción de tal posibilidad.

B) La regulación de la eficacia de la publicidad registral se construye en base a la «inoponibilidad de lo no inscrito» en términos prácticamente idénticos (art. 66) a los que existían en la regulación precedente (arts. 43 y 44) y a cuyo comentario nos remitimos en cuanto que, salvo que se refunden los dos preceptos citados en uno solo, nada novedoso se añade.

Tan sólo cabe señalar la introducción en la regulación del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito de la exigencia impuesta a las personas jurídicas obligadas al depósito en el *dossier* anejo al Registro de los documentos exigidos a tal efecto (arts. 3.3; 47 a 57; y Decreto de 24 de septiembre de 1984) de efectuar tal depósito si quieren oponer dicha documentación a los terceros o a la administración (art. 66.2).

El depósito de tales documentos se constituye así en un hecho necesario para la inscripción registral de la constitución de las personas jurídicas o de posibles modificaciones de su originario *status* (arts. 2 y 47 y sigs.) y que hace posible que sean opuestos frente a terceros (art. 66), si bien bajo la

exigencia impuesta por el artículo 4.1 de la Ley de 24 de julio de 1966 de la previa publicación en el *BODAC*, como en su momento se expuso. A veces sin embargo el depósito de los documentos en el *dossier* anejo conlleva en sí mismo su oponibilidad cuando es la única formalidad requerida (133), lo cual significa que su eficacia frente a terceros deriva sólo del simple depósito pero no de su mención y publicación registral (arts. 66.1 y 2).

Se ha mantenido pues prácticamente intocada la anterior regulación del efecto de inoponibilidad de lo no inscrito con la sola novedad señalada, a efectos de sancionar eficazmente la obligación de depósito de determinada documentación (134).

C) Entre las novedades más importantes introducidas por el Decreto de 30 de mayo de 1984 hay que señalar por último el notable aumento de la capacidad de control del *Greffier* en su función calificadora de las situaciones inscribibles (arts. 29 a 34).

Toda solicitud de inscripción es examinada por el *Greffier* que, bajo su responsabilidad, ha de asegurarse de su regularidad (arts. 29 y 30.1), lo que significa que verifica si su contenido es o no conforme a las disposiciones legislativas y reglamentarias, que se corresponde con los documentos justificativos depositados en el anexo y que son compatibles, en el caso de solicitud de una inscripción modificativa o de una cancelación, con el estado de *dossier* (art. 31.2). Y junto a este control previo existe además otro de carácter permanente que se deriva de la facultad que tiene en todo momento de verificar la permanente legalidad de las inscripciones efectuadas (art. 34).

El *Greffier* tiene así unos poderes que van más allá del mero examen formal de la solicitud de inscripción y de la comprobación de la aportación completa de datos y documentos, tal y como era en la anterior regulación, ya que el alcance de la calificación se extiende ahora al control de la adecuación o inadecuación a la legalidad de las situaciones inscribibles.

La función calificadora tiene una relación inmediata con los efectos de la publicidad registral, y por eso se examina aquí, no sólo en cuanto que del carácter positivo o *degeneratorio* de la misma depende el que las situaciones inscribibles puedan serlo o no serlo por su falta de adecuación a las disposiciones legales (arts. 31 y 32) y por lo tanto valerse o no de los efectos derivados de la inscripción (arts. 64 y sigs.), con independencia del posible recurso judicial de la calificación y sus consecuencias (arts. 69 y sigs.), sino que además cuál sea el ámbito de extensión de ese control incide a su vez sobre el alcance de los efectos publicitarios derivados de la inscripción.

(133) Lamy sociétés, 1984, octubre 1984. Etude K, pág. 15.

(134) RIPERT, G., y ROBLOT, R., *Traité élémentaire*, ob. cit., pág. 154.

El paso de un simple control formal de las situaciones inscribibles a un control de la legalidad de las mismas va a posibilitar el que el Registro Mercantil puede dar un paso hacia adelante en lo que a la amplitud de los efectos derivados de la inscripción se refiere.

En primer lugar, va a reforzarse considerablemente el efecto de la oponibilidad de las situaciones inscritas en cuanto que el fundamento último del mismo radica no sólo en una publicidad que posibilita su cognoscibilidad por terceros, sino en que además efectivamente dichas situaciones sean ajustadas a derecho y esto va a suceder con mucha más probabilidad como consecuencia del nuevo control de legalidad que da al sujeto inscrito una mayor confianza frente a los terceros a los que opone las situaciones inscritas. Es en definitiva además un reforzamiento de la solvencia de la institución registral en función de su mayor garantía.

En íntima conexión con lo expuesto hay que señalar que la existencia de un control de legalidad posibilita la introducción de un nuevo efecto en el sistema publicitario registral. Y ello porque la inscripción de situaciones cuya legalidad ha sido constatada a través de un control previo y de carácter permanente permite introducir la posible consideración de una presunción de legalidad de las situaciones inscritas aunque con posibilidad de prueba en contrario, que es el contenido del llamado «efecto de legitimación registral», tal y como en el sistema alemán ha sucedido a través de la labor interpretativa de parte de la doctrina y de la jurisprudencia (135). En todo caso están sentadas las bases para que este «efecto de legitimación» pueda tener cabida dentro del sistema registral mercantil en futuras modificaciones.

La prudencia que ha caracterizado constantemente el desarrollo del registro mercantil francés ha dado así un paso adelante en la elaboración del sistema registral, ya que satisfecha la exigencia de un mayor control calificador se refuerza el alcance del efecto de oponibilidad de lo inscrito a la vez que se da pie para la construcción de un posterior y más amplio conjunto de efectos registrales.

El propio Decreto al instituir un «comité de coordinación», que ha de vigilar por la armonización en la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias aplicables en materia de Registro de Comercio y de Sociedades, y que ha de emitir su parecer sobre las consultas que le hagan las personas encargadas del registro, a la vez que informa al Ministro competente de las dificultades y anomalías de las que tenga conocimiento (art. 5.º), ha llegado al culmen de lo que es la máxima cautela en el andar de esta institución dada su enorme trascendencia. Y la consideración sobre el

(135) CAPELLE, K.-H., *Handelsrecht*, München, 1980, págs. 22 y sigs.

alcance del control calificador y su repercusión en el sistema de efectos registrales va a ser uno de los más importantes problemas que la práctica registral le va a plantear para su solución.

En conclusión, no puede afirmarse que este nuevo Decreto haya supuesto un cambio sustancial de regulación en lo que a la eficacia de la publicidad registral se refiere, sino más bien ha introducido mejoras técnicas en el cuadro ya existente con la importante modificación del papel calificador del *Greffier* cuya repercusión sobre los efectos de la publicidad registral están todavía por ver. En todo caso no parece que esto sea suficiente para justificar la existencia de toda una nueva regulación del Registro de Comercio que en lo esencial mantiene casi literalmente la regulación que anteriormente había y que podía haber asumido perfectamente las mejoras técnicas que el nuevo Decreto introduce.

III. LA EFICACIA PUBLICITARIA DEL REGISTRO MERCANTIL ALEMÁN

1. NOTAS NECESARIAS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN

El Registro Mercantil constituye una de las piezas fundamentales de la actividad del Estado para la protección del tráfico comercial, suministrando los datos que el legislador ha considerado de especial relevancia para los sujetos que en él intervienen (136).

La información, más propiamente la posibilidad de informarse, procede de la constitución de este Registro como un Registro abierto al público. El Registro Mercantil es un instituto abierto a terceros que mediante los diferentes instrumentos de ejercicio de la publicidad formal (simple examen, copias, certificados) puede obtener el conocimiento de aquellas situaciones que para él fueran relevantes o, incluso, de su falta de constancia registral.

La defensa del tráfico encuentra así satisfacción a través de dicha organización (137) en cuanto que posibilita el conocimiento por los terceros (publicidad formal) de las situaciones registradas y, además, porque como consecuencia de la eficacia de la publicidad registral se les anudan unas consecuencias (publicidad material) tendentes a amparar la confianza de aquéllos en la situación que se desprende de la contemplación del Registro Mercantil. Se trata, en definitiva, de los temas de organización y eficacia de la publicidad registral que aunque conceptualmente separables en una

(136) CAPELLE, K. H., *Handelsrecht*, München, 1972, pág. 18.

(137) HILDEBRANDT, W., *Schlegelberger, HGB Band*, I. Kommentar von GESSLER-HEFERMEHL-HILDEBRANDT-SCHRÖDER, 5. Aulage, Band I, München, 1973, pág. 158.

observación meramente estática del Registro se encuentran íntimamente vinculados, de forma que el mayor o menor ámbito de esta última va a depender del régimen que se establezca para aquélla.

Este es el motivo por el que unas notas introductorias sobre la organización y la actividad encuentran aquí su lugar en función de lo que luego será el estudio de los efectos publicitarios; aunque el tema básico, que es el de la amplitud de la calificación registral, queda remitido al momento en que se estudia la eficacia de la publicidad material por creer que es aquel el sitio más oportuno en cuanto que de cual sea su consideración se desprenderán unas u otras conclusiones en lo que respecta al ámbito de lo que son los efectos materiales de la publicidad registral. Esta consideración, conjuntamente con el hecho de que sólo insatisfactoriamente pueden examinarse los efectos de una institución si previamente no se tiene un cierto conocimiento sobre su estructura y funcionamiento, hace que sea necesario dar una visión, aunque sea somera, de la organización registral.

El Registro Mercantil es una institución de naturaleza pública cuya finalidad esencial es la de proteger a los terceros de la inseguridad que para ellos se deriva del desconocimiento de aquellas medidas de importancia para el tráfico que los empresarios puedan tomar (138).

Con respecto a esta función inmediata del Registro Mercantil se ha puesto de relieve recientemente en la doctrina el debate entre la tensión existente en torno a la protección de la intimidad mediante el derecho a «la autodeterminación informativa» (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) y la publicidad formal del Registro como límite a la misma. Entendiendo que el interés sobre la información del tráfico jurídico y la necesidad para ello de la transparencia de determinadas situaciones de naturaleza jurídico-mercantil justifican suficientemente la publicidad formal del Registro Mercantil, incluso con respecto a sujetos sobre los que no exista un concreto interés, como límite del derecho a la propia intimidad y en base al principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) con que se han de contemplar los límites de los derechos constitucionales (139). E incluso se excluye cualquier atisbo de inconstitucionalidad en el posible uso que las empresas dedicadas a la información hicieran de los datos publicados (140).

(138) HILDEBRANDT, *ob. cit.*, pág. 156.

(139) CANARIS, C. W.-CAPELLE-CANARIS, *Handelsrecht*, München, 1989, págs. 40 y sigs.

(140) En este sentido, recogido por CANARIS en obra anteriormente citada —pág. 41—, KOLLHOSSER, «Handelsregister und private Datenbanken», *NJW*, 1988, págs. 2409 y sigs.

A) *El instituto registral*

La institución registral se encuentra regulada fundamentalmente en el HGB (arts. 8-16), completado por la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria de 17 de mayo de 1937 (arts. 1-34 y 125-149), modificada en sucesivas ocasiones.

El Registro Mercantil está a cargo de los Tribunales de Justicia de Primera Instancia, que en cuanto que son autoridades registrales se denominan Tribunales del Registro, siendo competentes por razón del lugar del establecimiento (arts. 8 HGB y 125 FGG), aunque las funciones del Tribunal son en gran parte delegadas en el Secretario (arts. 3 y 17 RpG), sin que exista un Registro de carácter central.

Esta visión judicializada con la que la Ley contempla a la organización registral va a tener trascendencia tanto en el proceso de inscripción, donde las facultades concedidas al Juez para el examen y calificación de las situaciones inscribibles tienen tal amplitud que casi permite hablar de un procedimiento jurisdiccional (141), como en la posterior vigilancia y conservación del Registro, que se manifiesta fundamentalmente en la posibilidad de realizar inscripciones de oficio en determinados casos concretos y fundamentalmente en materia de cancelaciones. Decisiones judiciales que en todo caso son susceptibles de recurrirse (art. 16 HGB).

Esta amplia consideración de carácter judicial de la actividad del Registro Mercantil va a tener además su incidencia en sobre los aspectos materiales de la publicidad registral, ya que en grandes sectores de la doctrina (142) y de la jurisprudencia, como habrá ocasión de ver, se desarrolla la eficacia material de la publicidad registral en base al papel relevante que tiene la calificación de los Tribunales Registrales.

B) *El procedimiento de inscripción*

El procedimiento de inscripción de las situaciones inscribibles sigue un desarrollo que, expuesto sucintamente, se desenvuelve en el siguiente proceso:

a) *Debe darse un hecho susceptible de inscripción*, viniendo rígidamente limitado por la Ley el ámbito de las situaciones que pueden ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, sin que ni la voluntad del

(141) GIERKE, J., *Derecho comercial y de la navegación*, t. I, Buenos Aires, 1957, pág. 86.

(142) MÜLLER-EZBARG, R., *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1969, pág. 69.

interesado ni la del Juez del Registro puedan aumentarlas (143). Es un estrecho círculo legalmente señalado y que, esencialmente, gira en torno a situaciones que reflejan relaciones de las que se puede derivar responsabilidad patrimonial (144). Y hasta un punto tal es relevante la consideración del *numerus clausus* para la doctrina, que la definición del Registro se hace en base a este elemento objetivo señalando que «el Registro Mercantil viene constituido por una serie de hechos que son jurídicamente importantes para el tráfico mercantil» (145).

b) *La solicitud de la inscripción* se inicia normalmente a instancia del interesado y solo excepcionalmente lo es de oficio, teniendo muchas veces un carácter obligatorio que faculta al Tribunal para la imposición de su inscripción bajo sanción de multa.

No todos los hechos que son susceptibles de inscripción (*einzutragende Tatsache*) lo son de la misma manera, puesto que mientras que para algunos existe la obligatoriedad de su inscripción (*eintragungspflichtige*), para otros sólo tiene un carácter meramente facultativo (*eintragungsfähige*). Distinción que, como habrá ocasión de ver, ha planteado en la doctrina el tema en torno al ámbito de aplicación de los efectos de la publicidad material del Registro Mercantil.

c) Una vez efectuada la solicitud, el Tribunal procede al *examen y calificación* de la misma, que normalmente tiene lugar a través de documento público, denegando u ordenando la inscripción. El hasta donde el Juez investiga la realidad de las situaciones que se presentan a la inscripción y el ámbito del control de legalidad sobre las mismas van a servir a un sector de la doctrina, como habrá ocasión de ver, para intentar arbitrar un sistema de presunciones de veracidad y de legalidad de lo inscrito que permita ampliar el contenido de la publicidad material que el Registro Mercantil presenta de forma explícita en los textos legales que lo regulan. El elemento central de la polémica se desvía así a la amplitud de la calificación (146).

La unanimidad se manifiesta en torno al control de legalidad en sus más amplias consecuencias y tanto en relación con el *numerus clausus* como en

(143) EHREMBERG, V., *Handbuch des gesamten Handelsrecht*, Leipzig, 1913, págs. 525 y sigs.

(144) Es interesante constatar que en el Derecho suizo, aunque exista también un *numerus clausus*, se arbitra la posibilidad de que se puedan inscribir aquellas situaciones no previstas en la Ley siempre que el interesado en la inscripción justifique el interés público de la misma (art. 20 ORC).

Aunque no hay un régimen abierto, se puede afirmar según la doctrina actual (CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43) que son inscribibles aquellas situaciones que el ordenamiento ordena, pero también aquellas que presupone que han de ser inscritas o para las que de su falta de inscripción se deducen determinadas consecuencias.

(145) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 18.

(146) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

su adecuación a la Ley (147), que supera la concepción del Registro Mercantil como un mero archivo recopilador de datos. Esta unanimidad quiebra cuando se trata de demarcar el control con respecto a las facultades de las que dispone el Juez para poder corroborar la realidad y el grado de coincidencia entre ésta y la situación que se pretende inscribir. Ante la inexistencia de un precepto que demarque claramente la amplitud de las facultades de que goza el Juez para poder corroborar la realidad de las situaciones que se quiere inscribir, un sector de la doctrina que ha dedicado atención al tema (148) ha venido estimando que el Juez encargado del Registro no tenía competencias para poder llevar a cabo otro control que el consistente en un control de calificación formal y de la legalidad, pero sin alcanzar a una posible investigación de la realidad de la existencia de la situación que se pretende inscribir. Esta posición ha sufrido desde el momento mismo de su nacimiento un cierto desplazamiento, hasta llegar a admitir un amplio control sobre la realidad de las situaciones inscribibles. Causas de este cambio han sido, de un lado, una interpretación de la propia lógica de la institución registral que al pretender ofrecer al tráfico un cuadro de situaciones que se ajuste lo más posible a la realidad lleva a tener que admitir el que cuando el Juez realiza la inscripción registral la efectúa en base a la confianza de que con los datos documentados que se acompañan a la solicitud tiene elementos suficientes como para poder estimar que lo que se va a inscribir se corresponde con la realidad; por lo que cuando esa confianza se veía quebrada por dudas razonables podía proceder a su confrontación con la realidad (149). De otro lado, si bien es cierto que no existe un precepto que recoja de forma expresa esta amplitud de control, sí existen determinados preceptos diseminados de los que se puede deducir un amplio poder de calificación en lo que se refiere a la comprobación de la realidad (así, por ejemplo, el art. 9 HGB cuando regula las certificaciones judiciales para justificar la existencia o no de determinadas situaciones inscribibles; el art. 13 HGB al señalar la necesidad de verificar la existencia de la sucursal que se desea inscribir; la posibilidad que concede el art. 126 FGG para dirigirse el Juez del Registro a las Cámaras solicitando datos para determinadas comprobaciones; etc.) (150). Esta situación legal impulsó igualmente corrientes doctrinales que vinieron a considerar con una mayor amplitud el ámbito de calificación de

(147) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 45.

(148) COSACK, C., *Traité de Droit Commercial*, París, 1904, pág. 64; HIRSCH, E., *Leiftaden für das studium des Handels und Gesellschaftsrechts*, Berlín, 1970, pág. 44.

(149) LEHMANN, K., *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1921, pág. 108; MÜLLER-EZBARG, R., pág. 68.

(150) BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*, München, 1971. *Vid.* relación de preceptos en pág. 41.

que dispone la institución registral (151) y que son hoy normalmente admitidas (152).

La denegación de la inscripción posibilita en todo caso los recursos pertinentes que vinculan al Juez del Registro en los términos de las mismas.

d) Una vez que la calificación y la inscripción registral han tenido lugar, la autoridad judicial encargada del Registro está obligada a su *publicación* en el *Boletín Oficial (Bundesanzeiger)* y en cualquier otro periódico como mínimo (art. 10 HGB).

La publicación tiene su trascendencia no sólo en el campo de la publicidad formal reforzando la posibilidad de conocimiento por los sujetos interesados de las situaciones inscritas, sino también en el juego de la eficacia de la publicidad material (art. 15 HGB). Hay que señalar, sin embargo, que las esferas de actuación de la inscripción y de la publicación son diferentes (153). Así, mientras que la inscripción tiene un carácter de permanencia que tiende a hacer posible la cognoscibilidad de las situaciones inscritas y depende generalmente de la voluntad del interesado en que la situación acceda al Registro, la publicación no tiene una finalidad de permanencia ya que tiende a facilitar un conocimiento temporal e inmediato de la situación mandada a publicar por el Juez, que no siempre tiene que corresponderse en su amplitud con la situación registrada si bien sea esto lo normal (art. 10 HGB). En consecuencia con lo dicho se ha de ponderar al máximo el condicionamiento de los efectos de la publicidad material a la publicación cuando se trate de valerse de ellos por el que efectuó la inscripción. Se debería, en consecuencia, dar el máximo protagonismo posible a la inscripción haciéndola jugar como un elemento de máxima consideración a la hora de ponderar la existencia de buena fe en los terceros con respecto al desconocimiento de las situaciones inscritas pero todavía no publicadas, al igual que se debería de sopesar la respectiva influencia que en el comportamiento del tercero pudieran tener la inscripción o la publicación en el caso de que se hubiera producido una discordancia entre ambas (154), de forma que la posible invocación por el tercero de la falta de publicación o de publicación errónea se vea reducida a sus justos límites.

(151) SCHUMANN, H., *Handelsrecht*, t. I, Wiesbaden, 1954, págs. 55 y sigs.; HEINS-HEIMER, K., *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1933 (traducción GELLA), pág. 28.

(152) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 23.

(153) WYSSA, G., *Les effets externes de l'inscription au Registre du Commerce*, Lausanne, 195., págs. 43 y sigs.

(154) En contra, WYSSA, G., *ob. cit.*, pág. 43.

2. LA EFICACIA DE LA PUBLICIDAD MATERIAL

El desarrollo de la eficacia registral, que tradicionalmente se subsume bajo la denominación de publicidad material, tiene su regulación esencialmente en el artículo 15 del HGB, si bien existen también preceptos dispersos no sólo en el propio HGB, y un desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial que amplían el marco legal general del artículo 15 HGB aproximándole al que ofrece el Derecho Inmobiliario Registral (155). El estudio de la publicidad material requiere un doble análisis: primero, en torno a delimitar cuál sea su ámbito, y después, con respecto al concreto contenido de los que son los particulares efectos que de ella derivan.

A) *Ambito de la publicidad material*

a) Objetivo: Hechos inscribibles

La referencia a los llamados «hechos susceptibles de ser inscritos» se encuentra hecha de forma expresa y genérica en el artículo 15 HGB cuando bajo el epígrafe de «Publicidad del Registro Mercantil» regula la publicidad material del mismo. Aunque partiendo de la inexistencia de un número abierto de situaciones inscribibles la doctrina ha venido diferenciando, como en su momento se indicó, entre «hechos de inscripción obligatoria» y «hechos de inscripción voluntaria», planteando la relación de la distinción en torno al alcance de los efectos de la publicidad material. Un sector mayoritario de la doctrina ha venido considerando que a pesar de la referencia genérica que el artículo 15 HGB hace a todos los hechos susceptibles de ser inscritos, no a todos ellos deberían hacerse extensivos los efectos de la publicidad material que en el mismo se regulan (156). De esta manera la casi generalidad de la doctrina ha venido considerando que los efectos materiales de la inscripción sólo pueden anudarse a las situaciones cuya inscripción tiene un carácter obligatorio, pero no a las simplemente inscribibles que ya tienen establecidas sus propias consecuencias en caso de no haber accedido al Registro (157). No obstante, se admite que a pesar de existir un número tasado de inscripciones obligatorias (*Enumerationsprinzip*) es compatible con ello una extensión analógica de los supuestos a través de una *analogía le gis* (158). El problema habría de resolverse, según

(155) WEGHMANN, A., *Der Streit um den positiven öffentlichen Glauben des Handelsregisters*, Ostern, 1934, págs. 9 y sigs.; BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch*, München, 1971, págs. 61 y sigs.

(156) En contra, sin embargo, GIERKE, J., *ob. cit.*, t. I, pág. 96.

(157) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, pág. 96; CANARIS, C. W., *cit.*, pág. 43.

(158) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43.

la opinión más extendida doctrinalmente, teniendo en cuenta la finalidad a la que la técnica de la publicidad material tiende. Al situarnos ante situaciones de inscripción voluntaria sus consecuencias se desenvuelven al margen de los efectos del Registro en lo que a su no inscripción se refiere, y el propio precepto que las recoge establecerá normalmente cuáles puedan ser las consecuencias de la no inscripción. La obligatoriedad vendría requerida para aquellas situaciones cuyo desconocimiento supusiese un mayor peligro para los terceros, y en este sentido se impondría su inscripción y subsiguiente publicación para posibilitarles una mayor seguridad jurídica en sus relaciones comerciales. La inscripción registral y subsiguiente publicación lo que hacen es añadir a las situaciones inscribibles de carácter obligatorio un plus de eficacia haciendo posible el que los terceros se vean afectados por ellas, lo que de otra forma no sucedería salvo que se demuestre que las conocía.

De lo expuesto no puede deducirse sin más que un hecho susceptible de inscripción pero no inscrito es oponible a un tercero con independencia de su conocimiento o no. El mundo de las situaciones extrarregistrales se desenvuelve anudando normalmente sus efectos sólo entre las partes y trasladando el problema del conocimiento de las mismas por los terceros al campo de la mala fe y de su necesaria corroboración mediante el mecanismo de la prueba de su conocimiento. Todo ello salvo disposición expresa que señale la presunción del conocimiento por los terceros, lo que sólo sucede de forma excepcional. La no inscripción no supondrá una imposibilidad de su oposición, pero ésta requerirá la demostración previa de la mala fe o conocimiento previo del tercero, que no sería requerida en el supuesto de estar inscrita o publicada. Y ésta sería la razón por la que inscribiría quien no está obligado a hacerlo. No se ve razón suficiente por la que el legislador haya querido eliminar el amparo registral de los terceros limitándolo exclusivamente a aquellas situaciones para las que la inscripción se configure como obligatoria.

La voluntariedad o la obligatoriedad de la inscripción sólo juega metodológicamente en el proceso de comunicación de la situación inscribible al Registro, y es ahí donde se deben situar las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento. De la no inscripción de una situación obligatoria se derivan consecuencias que compelen a su realización (sanciones, inscripciones de oficio) y que no se producen cuando se trata de una inscripción de carácter meramente obligatorio, aunque de ello puedan desprenderse otras consecuencias. Sería metodológicamente inexacto traer a este punto el tema de la entrada en juego de los efectos de la publicidad material, que ha lugar precisamente una vez que las situaciones inscribibles acceden al Registro Mercantil con independencia del carácter con que lo puedan hacer.

b) Los límites subjetivos de su aplicación

La doctrina distingue en base al HGB entre comerciantes cuya actuación se realiza de una manera plena a través de una organización comercial y los pequeños comerciantes «cuya empresa, por su clase y volumen, no necesita una organización empresarial» (art. 4 HGB), teniendo la distinción como consecuencia inmediata el que mientras a los comerciantes plenos les son aplicables todas las disposiciones pertinentes del HGB, a los pequeños comerciantes se les exceptúa del régimen de aplicación de ciertas normas que podían ser injustificadamente gravosas para el ejercicio de su actividad. Se trata, en la mayoría de los casos, de exigencias que serían o bien letra muerta por su reiterado incumplimiento o que desproporcionaría los efectos conseguidos para la seguridad del tráfico en relación con la economicidad de los medios empleados. En esta línea no tiene acceso al Registro Mercantil y no pueden en consecuencia caer sobre él los efectos negativos derivados de la no inscripción en el mismo de situaciones registrales con él conexas (159), pero inscrito un pequeño comerciante se le considerará a todos los efectos como un comerciante pleno, aplicándosele la construcción del comerciante aparente (160).

El Registro Mercantil es una institución para el comerciante pleno y los pequeños comerciantes no tienen cabida en él, creándose la presunción legal de que todo comerciante que inscribe su nombre es un comerciante y además pleno, sin que pueda alegar frente a terceros la ausencia de alguna de estas circunstancias (art. 5 HGB). Rigen, pues, para el pequeño comerciante en sus relaciones en el tráfico comercial las normas generales sobre prueba y presunciones, sin serle de aplicación las que pudieran proceder del régimen registral.

Para acabar de precisar el ámbito subjetivo de aplicación de los efectos registrales es necesario hacer una referencia a la relación entre los tipos societarios mercantiles y la distinción entre comerciante pleno y pequeño. Mientras que el comerciante pleno puede desenvolverse a través de cualquiera de los tipos societarios, le está vedado al pequeño comerciante el ejercicio de su actividad valiéndose de las sociedades de tipo personalista (colectiva o comanditaria) (art. 4.II HGB), mientras que siempre es factible su ejercicio mediante sociedades a las que la Ley les otorga la cualidad de comerciante exclusivamente en función de la forma, como son las anónimas y limitadas (arts. 3 AktG y 13.II GmbHO). Estas sociedades son siempre comerciantes por la forma, con independencia del objeto y del volumen de su organización, y además comerciantes plenos. La inscripción de una so-

(159) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 36.

(160) CAPELLE, K. L., *cit.*, págs. 16 y sigs.

ciudad de tipo personalista debajo de la cual se encuentre una actividad con una organización propia de un pequeño comerciante tendría la consideración de un comerciante pleno en virtud de la aplicación del artículo 5 HGB, construyéndose su concepto bajo el tratamiento del comerciante aparente cuya exposición se desarrollará más adelante.

- c) La relación de la eficacia de la publicidad material con las diferentes clases de inscripción y con la publicación

La relación entre las situaciones susceptibles de ser inscritas en el Registro Mercantil y la función que éste tiene en el nacimiento de las mismas se manifiesta a través de las tradicionalmente denominadas inscripciones declarativas o constitutivas. Pero el tema en sí de la naturaleza y efectos de la inscripción, planteado según la exposición clásica de considerar o no a ésta como requisito interno de la existencia del hecho inscribible o sólo como elemento que añade una eficacia complementaria (la registral) a las situaciones que acceden al Registro, bordea el tema de la eficacia de la publicidad, pero sin llegar a centrarle (161). Una cosa es considerar a la inscripción como elemento integrador o no de las situaciones que se inscriben e, incluso, el considerar la posible existencia de una situación que requiere inscripción constitutiva aunque lo sea bajo una figura diferente a la originariamente perseguida, y otra ponderar de qué manera los efectos de la publicidad registral se manifiestan según las situaciones accedan al Registro como consecuencia de una inscripción de carácter constitutivo o declarativo. Partiendo de que la Ley no distingue en torno a la posible limitación de los efectos a ningún tipo de inscripción en consideración a cuál pudiera ser su naturaleza (162), es cierto que la eficacia de los efectos juega de diferente manera en una u otra clase de inscripción. En las inscripciones constitutivas la inoponibilidad de lo no inscrito carece de posible consideración cuando lo no inscrito no existe precisamente por ser la inscripción de un elemento esencial del supuesto que se pretende crear. No obstante, es necesario tener presente que a través de la consideración doctrinal de las situaciones de hecho o aparentes pueden ser opuestas a los terceros situaciones no inscritas, si bien subsumiéndolas en otros supuestos de carácter no constitutivo que también pueden ser tenidos en cuenta por aquellos (por ejemplo, con respecto a las sociedades anónimas no inscritas y su tratamiento como *Vor-*

(161) PAVONE DE LA ROSA, A., // *Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 107 y sigs.; CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 43.

(162) AFFERNI, V., // *Registro delle Imprese*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II (dir. GALGANO, F.), Padova, 1978, pág. 187.

gesellschaft) (163). En cuanto a la oponibilidad de las situaciones inscritas, se encuentran sometidas las inscripciones constitutivas a las mismas exigencias que las que carecen de tal carácter, pero sin que de ningún modo se las pueda considerar excluidas de su ámbito; como tampoco, en caso de su admisibilidad, de la aplicación a ellas de otros posibles efectos registrales. Una vez inscrita una situación de naturaleza constitutiva queda sometida a la eficacia derivada de la publicidad registral, aunque para algunas de sus manifestaciones se requiera además cumplir con la exigencia de su publicación y con la peculiaridad de que las presunciones publicitarias adquieren a veces en estas inscripciones una fuerza mayor debido al carácter sanatorio que la inscripción lleva consigo en algunos casos (así, por ejemplo, para el caso de fundación de sociedades anónimas —art. 275—) (164).

La opinión de ciertos autores (165) que mantienen la no aplicabilidad de la eficacia registral del artículo 15 HGB a las inscripciones constitutivas en base a su tenor literal que habla de «hechos susceptibles de inscripción», lo cual daría a entender la previa existencia de situaciones con vida extraregstral y por tanto sólo susceptibles de entrar en el Registro mediante una inscripción de carácter declarativo, debe ser rechazada. La mera interpretación gramatical no es aceptable en cuanto que tanto «hecho susceptible de inscripción» como «inscripción de determinado contenido» son expresiones utilizadas en un sentido equívoco; y, por otro lado, la misma finalidad de la institución registral rechazaría, por injustificado, el hecho de que el interesado en la inscripción sólo pudiera prevalerse del Registro en las inscripciones declarativas, mientras que las constitutivas no pudieran servirse de los posibles efectos que de la inscripción se desprenden.

B) *Fórmula legal y consideraciones doctrinales en la construcción de la eficacia publicitaria del Registro Mercantil*

La eficacia de la publicidad material comprende de forma indubitada aquellas de sus manifestaciones que van directamente encaminadas a la protección de los terceros que confiaron en el Registro amparándose frente a lo no inscrito; pero la exposición del alcance de la eficacia de la publicidad material en el Registro de Comercio alemán quedaría notablemente mermada si sólo se tuviera en cuenta el tenor literal del artículo 15 HGB, en el que sólo se encuentra una regulación del efecto negativo de la publi-

(163) HUECK, G., *Gesellschaftsrecht*, München, 1991, págs. 192 y sigs.

(164) HIRSCH, E., *Leiftaden für das Studium des Handels- und Gesellschaftsrechts*, Berlín, 1970, pág. 44; CAPELLE, H. K., *ob. cit.*, pág. 22.

(165) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 625 y sigs.

cidad y una casi inexistente manifestación de los efectos presuntivos que pueden derivarse de una situación inscrita (166).

La interpretación por la doctrina no sólo del artículo 15 HGB, sino del conjunto de normas que afectan al sistema de la publicidad registral, así como la práctica de la jurisprudencia y la existencia de una costumbre reiterada que se apoya en la buena fe y en la protección de la apariencia, han hecho posible que el sistema registral mercantil haya desbordado los límites del artículo 15 HGB para construir una regulación que, desbordando el principio tradicionalmente recogido en los ordenamientos de oponibilidad e **inoponibilidad** de lo no inscrito, se aproxima en gran manera a los efectos que sustentan la eficacia de la publicidad material en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (167), aunque existan discrepancias a la hora de su admisibilidad (168). El efecto de legitimación (presunción de exactitud de lo inscrito) y de fe pública registral (no perjuicio de terceros como consecuencia de la declaración de inexactitud o de nulidad de lo inscrito) pasan así a ser considerados por la doctrina, en mayor o menor medida, como propios del Registro de Comercio alemán. Todo lo cual viene a poner de relieve la afirmación de WEGHMAN cuando señala que «la fuerza de una fuente sobre las otras sólo tiene realmente importancia cuando descansa sobre el consentimiento y el sentir general» (169).

Los diferentes efectos de la publicidad material se producen por lo tanto en un doble frente: el efecto negativo de la **inoponibilidad-oponibilidad** basado en el tenor literal del artículo 15 HGB, y el efecto positivo manifestado a través de los principios de legitimación y fe pública registral esencialmente contruidos por la doctrina y la jurisprudencia, si bien se encuentren manifestaciones concretas de los mismos en los propios textos legales.

La publicidad registral mercantil va dirigida esencialmente, pero no sólo, a proteger a los terceros con respecto al desconocimiento de sus posibles decisiones tomadas por los empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial. Y ello se lleva a cabo no simplemente con una publicidad de carácter formal que posibilitaría el conocimiento de aquellas situaciones, sino mediante un paso más al posibilitar que sólo se tenga como real frente a los terceros aquellas situaciones que se hayan inscrito y publicado. Y es más, no sólo de forma que lo no inscrito se tenga por inexistente frente al tercero de buena fe, sino también posibilitando el que éste pueda tener

(166) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 62; HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, págs. 164 y sigs.

(167) DURODIER, R.-KÜHLWEIN, R., «De l'importance des inscriptions au Registre du Commerce en Allemagne», *RTDC*, 1955, págs. 45 y sigs.

(168) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, págs. 188 y sigs.

(169) WEGHMANN, A., *ob. cit.*, pág. 2.

lo inscrito por exacto y veraz. Se estaría así ante la técnica de «garantías jurídico-materiales» frente a la mera técnica de «garantía jurídico-material», que partiría de que la situación existe en los términos en que se hubiera decidido y sólo se pediría de ella que se publique verazmente (170). Partiendo de aquí la doctrina alemana distingue entre «publicidad negativa» que ampara al tercero frente a las situaciones no inscritas y «publicidad positiva» que ampara al tercero en base a la consideración como presumiblemente real y lícito de lo que el Registro refleja (171). No obstante, es factible concebir también que el efecto positivo de la publicidad material es también extensible en ciertas circunstancias al propio titular de la inscripción como habrá ocasión de examinar en su momento.

- a) El efecto negativo de la publicidad material: La inoponibilidad y la oponibilidad sobre la base del artículo 15.I y II del HGB

El artículo 15.I y II del HGB muestra el aspecto negativo de la eficacia publicitaria en su doble aspecto de inoponibilidad de lo no inscrito y de oponibilidad de lo inscrito, dirigido, de un lado, a proteger en el tráfico a los terceros de buena fe con respecto al silencio en torno a aquellas situaciones registrales que no han sido inscritas o publicadas, y de otro, a destruir la posible buena fe de los terceros una vez que aquéllas tienen acceso al Registro Mercantil.

Artículo 15. Publicidad del Registro Mercantil:

I. Hasta que un hecho susceptible de inscripción no sea inscrito y publicado en el Registro Mercantil no puede ser opuesto a un tercero por aquellos en cuyo interés debía ser inscrito a no ser que aquel lo conociera.

II. Los hechos inscritos y publicados pueden ser opuestos a terceros. Esto no afecta a las relaciones jurídicas llevadas a cabo dentro de los quince días siguientes a la publicación con tal de que el tercero demuestre que ni los conocía ni los debía conocer.

El HGB al recoger en su artículo 15 el efecto negativo de la publicidad material sigue la construcción de la función de la publicidad registral que el Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB) de 1861 mantuvo, si bien no la reguló de una forma sistemática y con un carácter general con

(170) Esta distinción entre «garantía jurídico formal» y «garantía jurídico material» viene establecida por HILDEBRANDT, W., en *Schlegelberger, ob. cit.*, págs. 156 y sigs.

(171) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, págs. 158 y sigs.; CANARIS, C. W., págs. 48 y sigs., y 62 y sigs.

respecto a todos los hechos susceptibles de ser inscritos. El efecto negativo se manifestaba de forma asistemática a través de preceptos dispersos (inscripción del nombre y de poderes esencialmente), colocando sus consecuencias en sus justos límites de inoponibilidad de lo no inscrito, pero sin que en ningún caso la falta de inscripción incidiera sobre la posible validez de los actos no inscritos como sucedía en ese período en alguna otra legislación (así, por ejemplo, en Francia).

El tratamiento que el artículo 15.I y II lleva a cabo con respecto al efecto negativo de la inscripción puede calificarse de completo en cuanto que no se limita sólo al aspecto negativo del problema (lo no inscrito y publicado no es oponible), ya que también aparece explícitamente recogido el aspecto positivo del problema (lo inscrito y publicado es oponible a terceros), superando aquellas legislaciones en las que al recogerse sólo alguno de sus aspectos (*vid.* art. 2.193 CC italiano) ha de acudirse a la vía interpretativa para suplir las lagunas que se derivan de una regulación sólo parcial del efecto.

La regulación completa elimina así los problemas que plantearía una redacción parcial que sólo contemplase, como era usual, el aspecto de la inoponibilidad de lo no inscrito. El tratamiento unilateral del efecto llevaría a tener que establecer por la vía interpretativa que, en sentido contrario, lo inscrito es oponible a terceros, pero sin solucionar si esta oponibilidad lleva consigo, y si lo lleva hasta qué punto lo hace, la posibilidad de presumir que el tercero conocía la situación inscrita. En definitiva, qué importancia se concedería a los temas del error, la ignorancia, la mala fe, etc. Temas todos ellos a los que una mera interpretación que no parte de una regulación concreta de ambos aspectos no acabaría de satisfacer totalmente, dejando pendiente problemas en ese desarrollo interpretativo tan dificultoso como el de la posible equiparación entre la oponibilidad y el efecto notificativo de la publicidad.

Por otra parte, un tratamiento meramente negativo podría hacer pensar que las inscripciones constitutivas quedaban fuera del ámbito de aplicación de la oponibilidad, y esto en cuanto que al ser la inoponibilidad sólo referible a situaciones no inscritas pero existentes fuera de la realidad registral, podría pensarse con una construcción *a sensu contrario* de la oponibilidad que ésta sólo sería aplicable a inscripciones de naturaleza no constitutiva, al igual que sucede con la inoponibilidad. Una expresa regulación de la oponibilidad obvia el problema sometiendo las inscripciones constitutivas a su régimen, al igual que si fueran declarativas, al no llevar a cabo ningún tipo de distinción.

Una vez indicadas las características del tratamiento conjunto del efecto negativo de la publicidad que ofrece el HGB a través de la regulación de la inoponibilidad y oponibilidad es procedente examinar separadamente ambos aspectos.

1. La inoponibilidad de lo no inscrito

La regulación de la inoponibilidad de lo no inscrito se efectúa en el artículo 15, párrafo primero, del HGB cuando indica que: «Hasta que un hecho susceptible de inscripción no sea inscrito y publicado en el Registro Mercantil no puede ser opuesto a un tercero por aquellos en cuyo interés debía ser inscrito a no ser que aquél lo conociera».

El efecto de la inoponibilidad va dirigido a la protección de los terceros frente a aquellos que pudiendo efectuar una inscripción no la han realizado. De aquí que una situación no inscrita no pueda considerarse como absolutamente inexistente frente al tercero, sino que éste puede renunciar a la protección que le otorga la inoponibilidad de las situaciones no inscritas y optar por la situación que más le pueda interesar. Se trata con esto de imposibilitar que el culpable de mantener una situación aparente no pueda verse precisamente favorecido por haberla hecho posible al no haberla eliminado con la oportuna inscripción de la verdadera situación, defraudando el fin perseguido por el efecto de la inoponibilidad (172). La situación registral se tiene como existente frente al tercero porque éste se encuentra ante una situación de apariencia no destruida por el que estaba obligado a ello. Al tercero se le protege ante el silencio registral (173), lo cual no quiere decir que no pueda tener en cuenta la verdadera situación extrarregistral que pudiendo haber tenido acceso al Registro no lo ha hecho. El que no puede utilizar la situación no inscrita y publicada es el que estando obligado a hacerlo no lo ha hecho.

Esta regla general de defensa del tráfico mediante la posibilidad de que los terceros ignoren las situaciones inscritas y no publicadas sufre una excepción en aquellos supuestos en los que por mandato legal se establece expresamente la eficacia de la publicidad registral y sin que por lo tanto tenga lugar la aplicación del artículo 15.I HGB (así en la quiebra —art. 32 HGB—). Esto no hace sino constatar la subordinación de los efectos publicitarios al imperio de la norma, desechando la construcción de los efectos publicitarios bajo una naturaleza similar a la que pudieran tener unos principios generales imbuidores de todo el ordenamiento.

Las consecuencias derivadas de la inoponibilidad a un tercero de lo no inscrito y publicado quedan condicionadas a la existencia de una serie de circunstancias que delimitan el alcance de lo que a primera vista pudiera ser una excesiva aplicación del artículo 15.I HGB.

La exigencia de buena fe por parte del tercero, entendida como desconocimiento de la situación no inscrita, se considera un requisito indispen-

(172) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, pág. 631.

(173) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 48.

sable en tanto en cuanto que en lo que se le ampara es únicamente en su confianza en una apariencia registral que no se corresponde con la realidad.

Si bien tanto la inscripción como la posterior publicación de las situaciones inscritas son elementos necesarios para eliminar la inoponibilidad, conviene hacer algunas matizaciones al respecto. La falta de publicidad actuará en el campo de la inoponibilidad, pero nunca en la conformación de la existencia de las situaciones para las que la inscripción constituye un elemento necesario y suficiente si es de naturaleza constitutiva o bien tiene una mera naturaleza declarativa que en todo caso sirve para eludir los problemas derivados de una posible sanción judicial en caso de que fueran obligatorias, pero sin que la existencia de la publicación tenga mayor relevancia en su nacimiento. La simple inscripción posibilita en consecuencia el conocimiento por los terceros de las situaciones inscritas y por tanto la desaparición de su posible buena fe si es que llegaron realmente a conocerlas, con lo que se hace posible oponer a un tercero una situación simplemente inscrita si se demuestra que tuvo conocimiento de ella.

Es evidente que el conocimiento por el tercero de las situaciones no inscritas o no publicadas hacen por lo tanto inaplicable la protección que el artículo 15.I HGB les brinda. El que conoce la realidad material no tiene por qué ser amparado frente a una mera apariencia cuya irrealidad conocía. Se ampara sólo la buena fe frente al silencio culpable. La buena fe entendida en cuanto desconocimiento de lo realmente existente y no inscrito o publicado (174) y, en su caso, lo inscrito como inalterado. Y es la destrucción de esta buena fe lo que haría inaplicable el mecanismo registral de defensa del tercero. Pero la buena fe ha de considerarse como un componente normal en el desenvolvimiento de las relaciones entre los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, de manera que su existencia ha de presumirse (175) y corresponde por lo tanto demostrar su inexistencia a aquellos que deseen enervar los efectos del artículo 15.I HGB. Estimándose en algunos, en lo que parece una excesiva consideración de la protección hacia los terceros, que para destruir la buena fe se hace necesario demostrar no sólo que el tercero conocía la situación no inscrita o no publicada, sino también los efectos que de ella se podían derivar (176). El desconocimiento por el tercero de la situación real se estima suficiente, sin que ni siquiera pueda estimarse que hace posible su destrucción el desenvolvimien-

(174) UWE, J., «Fiktionswirkung oder Schutztipisierte Vertrauens durch das Handelsregister», *ZHR*, 140, 1967, págs. 236 y sigs. Basado en lo que él denomina «confianza tipificada», señala la necesidad de que para aquellas situaciones no inscritas debe el tercero de haber confiado en una situación registral aparente que no sea la real si quiere prevalerse del efecto registral de la inoponibilidad de lo no inscrito.

(175) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 634 y sigs.

(176) WYSSA, G., *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

to de una conducta mínimamente diligente encaminada a intentar conocer cuál era la verdadera situación (177), en cuanto que el mecanismo registral es precisamente una técnica destinada a favorecer el tráfico evitando dilaciones e inseguridades derivadas de tener que investigar cuál sea la verdadera situación.

Se distingue normalmente, en orden al ámbito de protección en el que es defendido el tercero de buena fe, entre situaciones de naturaleza comercial y las de otro tipo, circunscribiendo la aplicación del artículo 15.I HGB a las primeras, pero no a las demás en donde esa protección no se entiende justificada. La propia Exposición de Motivos del HGB excluye expresamente el efecto de la publicidad registral de las relaciones extracontractuales en función de la nula relevancia que en su conformación pueda tener el Registro Mercantil. El propio texto del articulado limita todavía más su ámbito de aplicación cuando al señalar la aplicación del artículo 15 HGB a las sucursales inscritas y publicadas a través del Juez del lugar de ésta lo circunscribe a las relaciones de carácter comercial (*Gechäftsverkehr*) (art. 15.IV HGB). Y podría parecer lógico que así lo sea también cuando se trata de establecimientos principales (178). Se estima, sin embargo, que es excesivo el limitar los efectos de la protección al tráfico mercantil, no sólo por los problemas para deslindar lo que es específicamente mercantil, sino también por la identidad en la finalidad que todos los Registros de carácter patrimonial tienen de proporcionar seguridad en el tráfico patrimonial considerado en su conjunto. El hecho de que el tercero hubiera desarrollado su actividad en el campo de los negocios o en relación con el tráfico es así suficiente para que el Registro Mercantil le otorgue su protección (179).

El tercero ha de haber actuado teniendo en consideración la situación que el Registro Mercantil ofrece y ésta haber sido determinante de su actuación (180), ya que la finalidad del efecto de inoponibilidad de lo inscrito no es otra que dar seguridad a los que confían en el Registro de manera que puedan actuar como si todo lo que en él no consta careciera de relevancia jurídica a efectos perjudiciales de sus intereses. La falta de consideración hacia el Registro por parte del tercero privaría de sentido una invocación *a posteriori* de su protección, ya que en ningún momento aquél actuó confiado en una apariencia de la que luego intenta valerse. Y parece lógico que sea el inmediato interesado en la inscripción —el titular— el que deba de correr con la carga de la prueba de que el tercero para nada tuvo

(177) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 224.

(178) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 60.

(179) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 52.

(180) CANARIS, C. W., págs. 52 y sigs.

en cuenta la realidad registral (181) a fin de hacer injustificable la protección que demanda (182).

Las dudas se plantean cuando se está ante situaciones no registradas pero que son modificadoras de una situación anterior que tampoco había tenido acceso al Registro Mercantil. En tanto en cuanto que el tercero había confiado originariamente en una situación extrarregistral se ha estimado por un sector de la doctrina (183) que esta misma confianza la debería de haber tenido con respecto a las situaciones que la modificaban. No sólo la afirmación parece que debe limitarse en su alcance con respecto a aquellas modificaciones que en ningún momento se exteriorizaron, sino que además no se estima acertada en cuanto se responsabiliza al tercero de una opción que nunca pudo evitar y de cuya falta de acceso al Registro no puede responder. El tercero se ha de ver amparado claramente frente al silencio registral con respecto a modificaciones de situaciones ya inscritas, pero también frente a aquellas otras que alteran situaciones no registradas o que modifican el régimen de derecho dispositivo que las regula sin tener el correspondiente reflejo registral.

Queda finalmente señalar la exigencia de un nexo causal entre el comportamiento del tercero y la relevancia que en él ha tenido el hecho de que la situación no esté inscrita, puesto que la finalidad del precepto no se entiende en el amparo de las circunstancias para la que la situación no inscrita tuvo un carácter irrelevante.

2. La oponibilidad de lo inscrito

En lo que por algunos autores se ha considerado una cierta reiteración en la regulación del efecto negativo de la publicidad material (184), el HGB regula en su párrafo segundo el aspecto complementario de la inoponibilidad (185) cuando afirma:

«Los hechos inscritos y publicados pueden ser opuestos a un tercero. Esto no es válido con respecto a las relaciones jurídicas llevadas a cabo dentro de los quince días siguientes a la publicación siempre que el tercero demuestre que ni los conocía ni los debía de conocer».

(181) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 634 y sigs.

(182) CANARIS, C. W., pág. 53.

(183) HOFMANN, J. A., *Das Handelsregister und seine Publicität*, pág. 268. Citado por CANARIS, *ob. cit.*, pág. 51, nota 5.

(184) CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 59.

(185) Sobre las ventajas de contemplar tanto el aspecto de la oponibilidad como el de inoponibilidad se trató en páginas anteriores.

La oponibilidad de lo inscrito va esencialmente dirigida al amparo del obligado a inscribir al destruir la confianza del tercero en la falsa apariencia registral anterior o en las posibles apariencias no **registrales**, ya que la técnica de protección del Registro se estima preferente con respecto a otras posibles técnicas de proyección de la apariencia.

La inscripción es requisito necesario pero no suficiente para que puedan jugar las consecuencias de la inoponibilidad, ya que ésta se estima un elemento complementario necesario en todo caso y sólo a partir de ella empiezan a ser posibles. Se pretende que la oponibilidad se justifique no solamente en la cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento que crea la inscripción, sino que también se potencie esa posibilidad de conocimiento mediante medios de mayor extensión territorial en su difusión. Y así el artículo 10 HGB señala que: «El Juez debe publicar la inscripción hecha en el Registro Mercantil a través de la *Bundesanzeiger* y de al menos otro periódico. Mientras la Ley no preceptúe otra cosa, las inscripciones han de ser publicadas íntegramente. Se da la publicación como realizada con el transcurso del día en el que la publicación aparece en el periódico».

De esta manera la inscripción y la publicación faculta el que las situaciones inscritas y publicadas puedan ser opuestas a tercero aunque ellos no las conocieran (186), suprimiendo de esta manera la presunción de buena fe que la inoponibilidad establecía a favor del tercero.

Esta regla sufre, sin embargo, una pequeña dilación en lo que respecta a su aplicación en el tráfico mercantil, ya que las situaciones inscritas y publicadas no son oponibles a los terceros durante los quince días siguientes a su publicación. La razón parece justa en cuanto que el período de carencia va dirigido a conceder un breve plazo que pueda permitir al tercero tener realmente conocimiento de las situaciones registradas rompiendo un automatismo que iría contra la verdadera realidad de las cosas, que supone que no todos los posibles afectados por una situación registral tiene un contacto continuo con sus técnicas de publicación formal. Se busca, en definitiva, que el tercero goce de un plazo razonable para interesarse por la realidad registral, sin que a partir del transcurso de ese plazo pueda oponerse a las situaciones inscritas y publicadas en base a la ignorancia de las mismas (187).

La vigencia de la inoponibilidad durante el período de quince días desde la publicación sólo tiene razón de ser si el tercero no la conocía, ya que el fundamento del plazo reside en el amparo de la buena fe del tercero,

(186) Con respecto a la relación entre ambas, *vid.* FORSTHOFF, M., *Rechtsprobleme des neuen 15 HGB*, Düsseldorf, 1972, que llega a hablar del «principio de la doble publicación», pág. 79.

(187) HEINSHEIMER, K., *Derecho Mercantil*, Buenos Aires, 1933 (traducción del alemán por VICENTE GELLA, A.), pág. 30.

de manera que cuando la ignorancia cesa no tiene ya fundamento tampoco el amparo del plazo al que la oponibilidad está sometida. Pero no sólo la ignorancia es determinante de la posibilidad de no invocar la oponibilidad de los hechos inscritos y publicados, sino que además ha de ser no culposa, es decir, que no afecte a un tercero que tenía el deber de conocerla, pero que por negligencia no lo hizo (188). Y es además relativamente difícil que el desconocimiento no sea culposo cuando se trata de comerciantes como consecuencia de que la diligencia que uno debe imponer a sus actos (art. 276 BGB) lleva consigo la obligación de informarse de la situación en el Registro y de leer los periódicos oficiales (189). Esto justifica el que la jurisprudencia se muestre ciertamente exigente ante la posibilidad de demostrar que el desconocimiento no fuera culpable (190).

La inscripción y publicación destruyen la presunción de ignorancia del tercero de forma que corresponde además a éste el demostrar que durante el período de carencia no conocía ni debía conocer los hechos inscritos y publicados, sin que una vez transcurrido este último quepa ya alegar tampoco ignorancia no culposa. Ahora bien, el que se den las condiciones exigidas para que las situaciones registradas sean oponibles no significa que lo puedan ser sin más. Se requiere que se den también una serie de presupuestos lógicos sin los cuales pueden detenerse las consecuencias de la oponibilidad. Las situaciones son oponibles siempre que ellas fueran exactas y legales, ya que de lo que se trata es de proteger al que interesado en inscribir lo hizo, pero no en ampararle en relación con situaciones que o no corresponden con la realidad o son contrarias a Derecho. Lo que lleva a la posibilidad de que el tercero pudiera tener las situaciones inscritas bajo esas circunstancias como inexistentes, si bien le correspondería previamente proceder a la demostración de la existencia de esas causas que harían improcedente su oponibilidad. Se estaría entrando con ello en el terreno de las presunciones de exactitud y de legalidad que pueden derivarse de una inscripción registral y, en definitiva, entrando en el alcance de la publicidad positiva del Registro a la que después se hace referencia.

Tampoco es tan evidente que las consecuencias de la oponibilidad, cuando se dan todas las circunstancias para ello, sean de aplicación absoluta, ya que incluso el propio ejercicio de los derechos tiene unos límites en su aplicación que han de tenerse en cuenta. Y en concreto, en lo que aquí respecta, no se puede prescindir de la aplicación del abuso del derecho en

(188) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, pág. 639.

(189) BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 61.

(190) CAPELLE, K., *ob. cit.*, pág. 20.

la utilización de la técnica registral precisamente para producir confusión y desamparo en el tercero en contra de la finalidad que el propio Registro persigue. Una ponderación del principio del abuso del derecho y la eficacia de la publicidad material se estima así también necesaria a la hora de analizar el contenido de los efectos registrales.

b) La posible deducción de otros efectos en base al artículo 15 HGB

Una interpretación meramente literal del artículo 15 HGB no parece que pudiera conducir más allá de los límites de lo ahora expuesto, salvo quizás en relación al artículo 15.III, aunque algunos autores hayan pensado que existe base suficiente en el precepto para poder sostener la existencia de otros efectos registrales (191). Si estos efectos pueden construirse es, sin embargo, en base a otras vías, especialmente en lo que se refiere a los efectos de legitimación y fe pública registral.

El efecto de legitimación (presunción de legalidad y de exactitud salvo prueba en contrario) no puede simplemente tener su fundamento en el efecto de la oponibilidad. El que la situación inscrita y publicada sea oponible a terceros no significa necesariamente que el interesado la puede oponer porque es legal y exacta, ni tampoco que el tercero pueda confiar en que lo inscrito es legal y exacto. El artículo 15.I y II HGB lo que afirma es simplemente que lo no inscrito y publicado no puede oponerse a un tercero salvo que éste lo conociera y que, por el contrario, lo inscrito y publicado sí le es oponible, pero nada más. La publicidad registral tiende simplemente a amparar al tercero frente a lo que el Registro no dice, pero sin asegurar que lo que en él figura tenga que considerarse bajo la presunción de exactitud y legalidad. Al igual que no parece simplemente deducible del artículo 15.I y II un efecto positivo de legitimación de lo inscrito, otro tanto hay que sostener con respecto a las consecuencias derivadas del efecto de fe pública registral (la declaración de nulidad de una situación inscrita no puede perjudicar los derechos que en base a ella fueron adquiridos por un tercero). El que lo no inscrito no pueda oponerse no significa que el tercero pueda ampararse en lo inscrito de forma que lo tenga en todo caso como real y ajustado a Derecho (192). La legitimación y la fe pública registral podrán darse, o no, como consecuencia de la inscripción, pero en ningún caso traen su razón de la inoponibilidad u oponibilidad.

(191) DUROUDIER, R.-KÜLWEIN, R., «De l'importance des inscriptions au registre du commerce en Allemagne», *RTDL*, 1955, pág. 48; MÜNTZE, F., *Der öffentliche Glaube des Handelsregister*, Jena, 1911, págs. 33 y sigs.

(192) WEGHMAN, A. M., *ob. cit.*, pág. 59.

Un tema diferente es la posibilidad de considerar el problema en función del contenido del artículo 15.III HGB (193) introducido como consecuencia de la Ley de 1 de septiembre a fin de su armonización con la primera Directiva de Sociedades de 9 de marzo de 1969 (194).

La redacción del citado párrafo señala que:

«Publicado inexactamente un hecho inscribible, puede ser éste invocado por el tercero contra aquellos en cuyo interés los hechos habían sido inscritos, salvo que él los conociera».

La posibilidad concedida al tercero que confió en la inexacta publicación de determinadas situaciones inscritas ha posibilitado el afirmar la existencia de un efecto de fe pública en cuanto que se permite que el tercero tenga por exactas situaciones que han sido inexactamente publicadas (195).

Se produce, sin embargo, una traslación de la inscripción a la publicación como elemento protector de tercero que le permite en caso de discordancia ampararse en la situación publicada, independientemente de que la situación inscrita fuera exacta y de cuál hubiera sido el mecanismo de control calificador. El problema se traduce así más en una manifestación de la protección de la apariencia que en la existencia de un efecto de fe pública registral. Se ampara al tercero de buena fe siempre que él hubiese confiado en la situación publicada e ignorase cuál es la verdadera situación registral, corriendo la presunción a su favor y correspondiendo por lo tanto al interesado en la inscripción la ausencia de alguna de las circunstancias que justifican la protección de aquél.

c) Configuración doctrinal del efecto de legitimación

El marco del artículo 15 HGB como base de la construcción de los efectos registrales va a ser ampliamente desbordado por la interpretación que la doctrina va a elaborar en la construcción de los efectos registrales. Una faceta de este desbordamiento va a plasmarse en la configuración de los efectos presuntivos de exactitud y de legitimación de las situaciones inscritas.

Con gran probabilidad va a influir en esta visión del alcance de la eficacia publicitaria la plasmación en el campo registral inmobiliario de la presunción

(193) HILDEBRANDT, W., *ob. cit.*, pág. 155; MOSSLER, C. P., *Die Rechtscheinhaftung im Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung des 15.III HGB*, Münster, 1974, págs. 112 y sigs.

(194) KOVARIK, M., «La première Directive du Conseil des Communautés Européennes et son application dans le Droit allemand», *Rev. des Soc.*, 1972, págs. 622 y sigs.

(195) HILDEBRANDT, *ob. cit.*, pág. 166.

del Derecho germánico de que «la posesión de una situación jurídica configuraba al poseedor como legitimado para el ejercicio de la misma» (196). Es, en líneas generales, la institución germánica de la *gewere* que al concretarse en los libros registrales conformaría para el Derecho inmobiliario registral el efecto de legitimación que posibilita presumir que el que aparece en el Registro como titular de una relación jurídica se presume que la tiene conforme a Derecho y, además, que es exacta y veraz. Y fue en estos términos como el HGB de 1896 la plasmó en su artículo 891 cuando afirmaba que «inscrito en el Registro un derecho a nombre de alguien, se presume que este derecho le pertenece. Si está cancelado en el Registro un derecho previamente inscrito, se presume que el derecho no existe». Se creó así un sistema de presentación formal y pública de titularidades jurídicas a las que se les dota de una cierta abstracción y autonomía con respecto a la realidad material que quiere reflejar y que en base al sistema y funcionamiento del Registro presenta un amparo a través de la técnica de las presunciones que suele ser normalmente exacto y legal. Y esta construcción fue la que influyó posteriormente en la doctrina para su elaboración en el campo de la publicidad registral mercantil. Junto a esta influencia de origen externo al Derecho Mercantil (y que si en él va a influir va a ser debido a la lenta formación de una teoría general publicitaria que va a ir absorbiendo y conformando los efectos provenientes de los diferentes campos registrales, eliminando sus matices particulares y quedándose con lo que tienen de general) se manifiesta otra corriente de influencia más genuinamente mercantil y que proviene del efecto jurídico y de la importancia que para el tráfico comercial venían teniendo desde el siglo XVIII los protocolos notariales en materia de poderes y sociedades, así como también los posteriores registros de firmas (197). Estos protocolos y registros habían creado ya las bases de unos efectos que trascendían los meros efectos internos corporativos y de control de «las guildas», estableciendo unos efectos publicitarios favorecedores para los terceros que confiaban en ellos y fundamentalmente con vistas a las exigencias de responsabilidad de aquellos que venían actuando bajo firma o a través de representación. La conmixión de ambos factores, el que proviene del campo de las relaciones inmobiliarias y el que lo hace desde el campo específicamente mercantil, así como el hecho de estar encomendados los registros a órganos de naturaleza jurisdiccional que ejercen una función de control y calificación de las situaciones que acceden al Registro va a hacer posible el que se hable de la existencia de un efecto de legitimación en el Registro Mercantil y en su doble perspectiva de veracidad y de legalidad.

(196) BRUNNER-SCHEWERIN, *Historia del Derecho germánico*, Barcelona, 1936, págs. 195 y sigs.

(197) RHEME, P., *Historia del Derecho Mercantil*, Madrid, 1914.

El efecto de legitimación viene en definitiva condicionado por el ámbito del poder de calificación que el ordenamiento concede al Juez encargado del Registro Mercantil, y es su mayor o menor extensión lo que va a servir para delimitar el alcance de las presunciones (198). Si, en efecto, se atribuye al Juez encargado del Registro Mercantil facultades de control suficientes con respecto a la realidad y a la legalidad de lo que en el Registro ingresa, parece consecuente el deducir que lo en él ingresado ha de ser, salvo que se demuestre lo contrario, real y legal (199). El punto central se desplaza así a la amplitud de la calificación (200). De esta manera, las controversias sobre la posible extensión de la calificación más allá de un mero control de legalidad formal influyó en parte de un sector de la doctrina para desestimar la inscripción como base suficiente sobre la que construir una presunción *iuris tantum* (201), estimándola como un elemento probatorio más que el Juez ha de considerar ponderándolo conjuntamente con otros medios de prueba. Si bien es cierto que la tendencia hoy favorable a una amplia consideración de las facultades de la calificación (202) inclina a la admisibilidad de los efectos presuntivos de la inscripción en cuanto que si el Juez la admitió fue porque no tuvo ningún motivo fundado para dudar de ambos extremos. A pesar de esta tendencia la doctrina sigue manteniendo dudas y posiciones diversas (203) que se generan al carecer de un precepto concreto que regule el posible efecto presuntivo de la inscripción.

d) El intento de la construcción doctrinal de la fe pública registral

A pesar de la inexistencia tanto en el actual HGB como en el anterior ADHGB de preceptos concretos que regularan con carácter general la protección que se debía dar a los terceros que adquirirían determinadas posiciones jurídicas confiadas en el Registro Mercantil y se encontraban con que posteriormente dicha situación o no se correspondía con la realidad o era contraria a Derecho, la doctrina tuvo, en su intento de abordar la solución del problema, la referencia que ofrecía el artículo 892.I del BGB cuando establece que «en beneficio de aquel que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como

(198) Sobre la calificación se puede ver lo escrito al inicio del trabajo en torno al régimen y organización del Registro Mercantil.

(199) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

(200) PAVONE DE LA ROSA, A., // *Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 78 y sigs.

(201) GIERKE, J., *ob. cit.*, pág. 91.

(202) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 19.

(203) *Vid.* diferentes posiciones en BAUMBACH-DUDEN, *ob. cit.*, pág. 41.

exacto, a no ser que...» El Registro Inmobiliario indicaba la solución del problema, mientras que el HGB permanece en silencio con respecto al efecto de fe pública, si bien algunos autores hayan intentado deducirlo del propio artículo 15.III HGB tal y como en páginas anteriores se indicó.

La doctrina y la jurisprudencia van a intentar solventar la laguna que el HGB presenta acudiendo a dos principios que a pesar de haberse presentado como contradictorios no sólo no lo son sino que además se complementan: el de fidelidad de la declaración (*Rechtsgrundsatz der Erklarungstreue*) y el de la protección de la confianza del tercero (*Vertrauensschutzprinzip*), según se insista en la responsabilidad del que realiza la declaración o en la protección del tercero que confía en un instituto destinado a hacer públicas determinadas situaciones de interés para el tráfico comercial (204).

Con acierto, la doctrina ha intentado evitar el calcar de una forma absoluta la regulación del efecto de fe pública propia del Registro Inmobiliario que al estructurar sobre bases completamente diferentes el objeto de inscripción otorga una protección que podría llevar a límites injustos lo que pretende ser una mejor regulación del tráfico mercantil (absurdo sería que por ser alguien inscrito erróneamente como socio colectivo tuviera que responder como tal ante los acreedores de la sociedad) (205). Es por ello por lo que se recurre a la necesidad de establecer una cierta relación de causalidad entre la falsa situación creada y el que ha contribuido a crearla. Lo que, junto a una mayor consideración al predominio de la declaración sobre la voluntad del que la emite, hace que acabe de tomar cuerpo el principio, reiteradamente repetido desde principio de siglo hasta convertirse en costumbre, de que «una declaración pública a la generalidad tiene una importancia jurídica tal que quien la hace en el campo usual del Derecho Mercantil debe permitir que el tercero tenga su contenido por real» (206). Es la manifestación del deber de veracidad con respecto a la declaración, de forma tal que lo declarado se presume exacto incluso frente a lo realmente querido.

Se observa, sin embargo, con acierto, la falta de justificación suficiente para que estas declaraciones no queden sometidas a las reglas generales de derecho común sobre vicios de la voluntad, a la vez que se hace patente el que las construcciones meramente declaracionistas no ampararían al tercero con respecto a aquellas situaciones registradas que habiendo sufrido modificaciones no se han visto reflejadas registralmente, ya que en este caso no

(204) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 21.

(205) Sobre la inconveniencia de situar la construcción de los efectos registrales en torno a un mimetismo de su regulación en el Registro Inmobiliario, *vid. AFFERNI, ob. cit.*, pág. 189.

(206) EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 645 y sigs.

existe realmente una declaración inexacta ni tampoco una discordancia entre lo querido y lo declarado, y, sin embargo, el tercero debe de ser amparado ante lo que el Registro Mercantil le ofrece (207). El planteamiento del tema no debe de hacerse tan sólo desde el lado de la declaración que ingresara en el Registro Mercantil (208), sino que ha de considerarse fundamentalmente desde el punto de vista de protección de tráfico mediante el juego de la apariencia (209). Se trata de proteger a aquellos que han actuado confiados en una situación sobre la que concurren circunstancias como para estimar suficientemente fundada dicha confianza. Es cierto que el Registro y la técnica de protección de la apariencia ocupan planos diferentes, aunque en ambos se dé una misma finalidad de defensa del tráfico, pero lo que sucede es que el mecanismo de protección de la apariencia se interfiere en la técnica registral como un correctivo en aquellos casos en los que el Registro no cumple su función de hacer patente frente a Derecho situaciones reales y conformes a Derecho. Cuando esta situación no se produce la apariencia protege a los terceros que habiendo confiado en lo que normalmente debía de haber sucedido ven defraudadas sus expectativas. El Registro Mercantil es base suficiente como para poder sostener que se está ante una institución con fundamento suficiente como para poder justificar la confianza que en él depositaron los terceros.

La existencia de algunos preceptos dispersos y no de contenido estrictamente registral, en los que se protege la realidad jurídica creada en base a situaciones registrales que luego son declaradas nulas refuerza esta consideración de intentar construir la protección del tercero sobre la base de la apariencia e, incluso, no sólo la protección del tercero, sino la protección del tráfico en general [así, por ejemplo, el art. 277.2 AktG declara que «la eficacia de los negocios jurídicos concluidos en nombre de la sociedad no quedará afectada por la nulidad de ésta», y el 352.a) AktG en la misma orientación señala que «si la fusión ha sido inscrita en el Registro Mercantil... las irregularidades de la fusión no afectarán a su eficacia»].

La protección del tercero se encuentra no obstante, salvo en aquellos casos en los que la apariencia registral va más allá de una simple protección del tercero y tiende a proporcionar una seguridad del tráfico en general, limitada por ciertos presupuestos en su aplicación:

La situación registrada y publicada debe de haber procedido de una declaración de voluntad del titular registral (el interesado en la inscripción)

(207) GIERKE, J., *ob. cit.*, pág. 96.

(208) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, pág. 21.

(209) PRAUSSNITZ, O., «Rechtschein und Wirklichkeit im Handelsregister», *ZHR Bd.*, 96, págs. 10 y sigs.

o de persona que pueda obligarle. Se requiere que exista un nexo de causalidad entre la situación inscrita a aquel a quien se va a imputar la responsabilidad derivada de ella. No obstante, ha de entenderse que el conocimiento por el interesado de la falsedad de la inscripción eliminaría los efectos de la imputabilidad.

La adaptación al Registro Mercantil del efecto de fe pública registral se completa de esta manera con el principio germánico de imputabilidad por la responsabilidad objetiva del riesgo creado, *Veranlassungsprinzip*, en virtud del cual una persona responde de los daños acaecidos por la situación creada por ella incluso sin que hubiera mediado culpa.

La imposibilidad de oponer excepciones como consecuencias de vicios de la voluntad no constituye una simple sanción que proceda de la existencia de una declaración no conforme a la realidad ni al Derecho, aunque en los casos de falsedad intencionada así pudiera parecerlo, sino que se trata simplemente de proteger al tercero en la apariencia creada en un medio que tiende a ser exacto en función del control establecido para las situaciones que a él tienen acceso. De aquí y no de otro presupuesto se deduce la imposibilidad de oponer a terceros la nulidad de una situación no inscrita (210).

La apariencia creada debe afectar a situaciones inscribibles, no a aquellas otras a las que el legislador no consideró lo suficientemente relevantes como para ser protegidas por el Registro Mercantil. De manera tal que sólo a las situaciones comprendidas en el *numerus clausus* de situaciones registrales afecta la protección al tercero mediante el mecanismo de la apariencia.

Por la misma finalidad que la apariencia y el Registro vienen a cumplir, parece lógico el pensar en una doble necesidad para que el tercero pueda prevalecer de la situación inscrita. En primer lugar, el tercero ha de haber procedido en su actuación confiando en la situación registral aparente de forma que se haya dado un nexo causal entre su conducta y la confianza que depositó en lo que el Registro manifestaba. Sería absurdo el hecho de que el tercero intente *a posteriori* valerse de un hecho inscrito que para nada influyó en su comportamiento. Y en segundo lugar, que el tercero haya actuado bajo la absoluta confianza de la legalidad de la situación aparente y sin que en ningún momento hubiera conocido la inexactitud o ilegalidad de la situación inscrita. Si de otra manera fuera, no tendría tampoco razón de ser el juego del mecanismo de la apariencia, puesto que la función que ésta viene a cumplir no procedería al fallar la razón de ser de la misma institución que es la de proteger al tercero de buena fe.

En definitiva y después de lo hasta ahora expuesto, se puede sostener que la construcción de la eficacia de la publicidad material del Registro

(210) MÜLLER-EZBARG, *ob. cit.*, pág. 68; EHREMBERG, V., *ob. cit.*, págs. 648 y sigs.

Mercantil trasciende el mero efecto de la oponibilidad e inoponibilidad de lo no inscrito en virtud de las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia y hasta un punto tal que casi se construye bajo unos mismos principios que los que se presentan en el Registro Inmobiliario.

3. LA TRANSCENDENCIA DEL REGISTRO MERCANTIL EN LA CONFIGURACIÓN DEL COMERCIANTE

El Registro Mercantil alemán no es sólo un elemento desencadenante de los efectos de la publicidad registral, sino que desborda ese ámbito para pasar a veces de ser un elemento de carácter necesario y constitutivo con respecto a las situaciones que en él se inscriben. Una de las manifestaciones esenciales de esta función se pone de relieve en el tratamiento que el ordenamiento da al Registro Mercantil en su relación con la configuración de determinados tipos de comerciantes. A estos efectos hay que partir de la separación entre el comerciante persona física y el comerciante social.

A) *El comerciante persona física*

No todos los comerciantes están sometidos al cumplimiento de una misma serie de obligaciones y por lo tanto sometidos a un mismo estatus. El HGB presta atención a la existencia en el comercio de dos categorías diferenciadas de comerciantes: el pequeño comerciante y el comerciante pleno. Y en base a ella determina el HGB la exención para los primeros del cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 4.ºI) en cuanto que su actividad, por su clase y su volumen, no requiere para su ejercicio una real organización empresarial. Pero no se trata de examinar la construcción del pequeño comerciante, sino tan sólo poner de relieve la relevancia que su figura tiene en relación con la institución registral.

Han sido razones prácticas derivadas de la observación de la realidad y de una consideración a la economía en la proporcionalidad de los medios las que han conducido a eximir de su inmatriculación a los pequeños comerciantes, para los que no sólo no existe el deber de hacerlo, sino tampoco la posibilidad. Los pequeños comerciantes tienen derecho a actuar en el tráfico comercial sin ninguna consideración de la necesidad de su inscripción registral. Es un límite subjetivo al ámbito del Registro Mercantil y a sus efectos (211). El Registro Mercantil es una institución destinada al

(211) CAPELLE, H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 36.

comerciante pleno y a las actuaciones de él conexas, siendo el volumen y la clase de actividad el elemento diferenciador de las posibles manifestaciones que su figura puede revestir y de la función que el Registro cumple con respecto a ellas.

El HGB no ofrece una construcción unitaria de la figura del comerciante puesto que construye una diversidad de tipos que acceden a la cualidad de comerciante por diferentes vías. Esta diversidad se corresponde con una diversidad a su vez de relaciones con el Registro Mercantil.

El HGB alude en primer lugar a los denominados «comerciantes forzosos» (*Musskaufleute*), entendiéndose como tales aquellos que ejercen una explotación empresarial de determinadas actividades que el mismo HGB enumera (art. 1.º), sin tener que atender a otros requisitos complementarios. Se trata de actividades que suelen corresponderse con las que han configurado el contenido tradicional del comercio, y es sólo el ejercicio de alguna de esas concretas actividades lo que determina la cualidad de comerciante. La inscripción registral no constituye en ningún caso un elemento esencial de la existencia de esta clase de comerciante y tiene aquí un mero efecto declarativo de su existencia. Si bien tenga carácter obligatorio (art. 29 HGB) y se haga en todo caso necesaria para poder prevalecer el comerciante de los efectos del Registro Mercantil, quedando sometidos a las requisito-rias y sanciones derivadas de su no inmatriculación (arts. 14 HGB y 113 y sigs. FGG).

Fue probablemente la necesidad de introducir una cláusula general que sirviera para comprender todos los tipos de actividades no contenidos en el artículo 1 HGB y compensar su escasa amplitud lo que motivó la redacción del artículo 2 HGB (212) que regula la figura del «comerciante por razón de su inscripción» (*Sollkaufleute*). Este tipo de comerciante requiere un doble requisito:

a) Por un lado, que se dé el supuesto de ejercicio de una actividad profesional empresarial, que constituye un elemento necesario para todas las modalidades de comerciante (213), que no sea de las contempladas en el artículo 1 HGB. Y de otro, que esa actividad requiera por su ejercicio y volumen de una organización empresarial. Como se puede apreciar, esta figura de comerciante parece estructurarse en torno al concepto de empresa en sentido objetivo, relegando la actividad a un segundo plano (214).

b) Junto a este requisito objetivo se requiere también el requisito formal de su inmatriculación registral. La inscripción se configura con carácter

(212) GIERKE, J., *ob. cit.*, págs. 77 y sigs.

(213) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs.; CAPELLE, K. H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, pág. 29; RAISCH, P., *Unternehmensrecht*, t. I, Hambourg, 1973, págs. 66 y sigs.

(214) CAPELLE, K. H.-CANARIS, C. W., *ob. cit.*, págs. 28 y sigs.

obligatorio, al igual que el comerciante forzoso, pero es que además pasa a ser un elemento esencial de la figura. El Registro Mercantil sale de su esfera meramente publicitaria para pasar a constituirse en un elemento para la constitución de esta clase de comerciante. Si no existe la inmatriculación no puede hablarse de comerciante por razón de la inscripción.

Pero ¿cuáles son las consecuencias de la presencia en el tráfico de un comerciante por razón de su inscripción que no ha procedido a su inmatriculación previa? Parece excesivo el resultado que se produciría mediante una interpretación rigurosa del artículo 2 HGB que llevase a la conclusión de rechazarle como inexistente a todos los efectos (215), haciendo además inaplicables las normas que referentes tanto a su estatus como a la actividad en la que intervino. Y parece excesivo porque con dicha medida ni se favorece al tráfico ni tampoco se protege adecuadamente a los terceros. Sería más favorable para éstos y el tráfico el tener al comerciante como existente y sin que pueda sustraerse de las obligaciones y consecuencias propias de esa calificación, pero sin que él pueda prevalerse de su condición ni del Registro hasta que no proceda a su inmatriculación.

En todo caso, no se ve razón suficiente para que sea la naturaleza de la actividad por sí sola la que pueda servir como criterio para poder decidir sobre la no exigencia de la inmatriculación como elemento esencial de la cualidad de comerciante (*Musskaufmann*) y que la necesidad de una organización empresarial para que la inmatriculación sea constitutivamente exigible (*Sollkaufmann*) sólo proceda con respecto a las actividades que no sean las propias de los comerciantes forzosos (*Musskaufleute*). No parece, en consecuencia, apropiado que sólo la actividad constituya un criterio suficiente para determinar la constitutividad de la inscripción registral. El volumen e importancia de la organización empresarial (comerciante pleno frente al pequeño comerciante) debería de ser el criterio utilizable para la exigencia de la inmatriculación, contribuyendo además a avanzar en el intento de construir un Registro Mercantil cuyo elemento central lo constituyera el instituto de la empresa.

La organización empresarial es también un elemento decisivo para el nacimiento de la cualidad de comerciante cuando se trata del ejercicio de actividades accesorias a las agropecuarias y la silvicultura. De manera tal que el titular de esta actividad accesorio tiene la posibilidad de adquirir la calificación de comerciante mediante la inscripción voluntaria (*Kankaufmann*) (art. 3.2 HGB) (216). Y si poco se justificaba la separación entre el

(215) RAISCH, P., *ob. cit.*, pág. 69.

(216) A raíz de la Ley de 30 de junio de 1976 han sido incluidas las actividades agrarias y forestales dentro de este tipo de comerciante potestativo.

comerciante forzoso y el que lo era por razón de la inscripción, menos se puede todavía justificar hoy este nuevo tipo de comerciante a cuya voluntad queda el someter o no su estatus a las normas del Derecho Mercantil (217).

B) *Los comerciantes sociales*

La relación entre el comerciante y el Registro Mercantil requiere, para ser completada, hacer una referencia a los comerciantes sociales o comerciantes por la forma (art. 6 HGB).

El tema del comerciante social y su relación con el Registro Mercantil se presenta en un doble plano: El de la función de la inscripción en el otorgamiento de la personalidad jurídica y en el de otorgamiento de la cualidad de comerciante.

El análisis de la relación entre la sociedad mercantil y el Registro Mercantil desborda el ámbito de su tratamiento sólo bajo la óptica de su incidencia en la obtención de la personalidad jurídica de las sociedades. Y ello en cuanto que en el Derecho alemán la aparición de las diferentes sociedades mercantiles en el tráfico no se efectúa siempre bajo la técnica de la personalidad jurídica. En consecuencia, el tema de «la irregularidad» de las sociedades no va unido siempre al problema de sociedades que actúan en el tráfico sin personalidad jurídica por no haber tenido acceso al Registro Mercantil. La necesidad de la inscripción no se presenta con respecto a las sociedades personalistas en función de la necesidad de la obtención de la personalidad jurídica puesto que carecen de ella, sino en conexión con el tipo de actividad que desarrollan como si de comerciantes individuales se tratara.

Para la consecución de fines comunes a través de una actuación conjunta se pueden adoptar básicamente una de estas dos posibilidades negociales en el ámbito del Derecho Privado (218):

O bien se utiliza como técnica de actuación conjunta una comunidad de individuos atribuyendo a todos ellos la titularidad activa y pasiva de las relaciones en las que intervienen, así como también sobre el posible patrimonio existente.

O bien se constituye una organización que adquiera independencia de los miembros que la componen y con una capacidad propia para contraer derechos y obligaciones y un propio patrimonio. En el caso en el que la comunidad adoptase tales características podríamos hablar de la existencia de un nuevo sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica.

(217) CAPELLE, K. H., *ob. cit.*, págs. 12 y sigs.

(218) FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, págs. 455 y sigs.; HUECK, A., *Gesellschaftsrecht*, München, 1975, págs. 4 y sigs.

A las figuras asociacionales del primer grupo el BGB las denomina «sociedades en sentido estricto» (arts. 705 y sigs. BGB), con un rigor en la terminología (*Gesellschaft*) que ni la doctrina ni la propia legislación especial mantienen siempre en la denominación de los diferentes tipos societarios existentes. Las sociedades en sentido estricto carecen de personalidad jurídica y tienen su encuadre en el sector de las obligaciones en cuanto que se trata de una relación jurídica establecida entre varias personas mediante la cual se obligan a la consecución de un fin común a todas ellas a través de una comunidad que carece de capacidad de obrar y de organización corporativa y que normalmente cuenta con un patrimonio común a todas ellas (219).

A las figuras asociacionales comprendidas en el segundo grupo las denomina el BGB «asociaciones» (*Verein*) y son tratadas en la parte general referente a las personas jurídicas (arts. 21 y sigs.).

El desarrollo de la legislación mercantil ha ido configurando a su vez diferentes tipos societarios de naturaleza mercantil (comerciantes por la forma —art. 6 HGB—) que por su naturaleza pueden tener cabida, según del tipo de que se trate, en uno u otro de los dos grupos analizados. No obstante lo descrito, sería un error suponer que la clasificación indicada constituye una división diáfana sin zonas intermedias y pensar que la adscripción de los diferentes tipos se presenta sin dificultades.

El grado de subjetivación es, en definitiva, una técnica legislativa y el problema de su reconocimiento y de su amplitud es una cuestión de derecho positivo que puede permitir que el reconocimiento de la personificación se efectúe en un mayor o menor grado y que por lo tanto la interferencia de las notas caracterizadoras de una de las dos grandes divisiones pueda presentarse a veces al lado de las que son propias de la otra, sin que permita claramente identificar cuál sea la naturaleza del tipo concreto que se examina (220). Lo que no ofrece dudas es que la personalidad jurídica no es la única técnica de participación conjunta utilizada por las sociedades mercantiles y que la función del Registro Mercantil con respecto a ellas no cumple siempre la función de ser un instrumento técnico necesario de su reconocimiento.

a) Las sociedades personalistas

Las sociedades personalistas que no pueden desarrollar una actividad a través de una organización empresarial que pudiera servir para calificarlas

(219) LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, 1958, pág. 388; HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(220) HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

como un «pequeño comerciante» (art. 4.2 HGB) no requieren de la inscripción para la configuración del tipo, y si aquella es exigida o no es exclusivamente en conexión con el ejercicio de determinadas actividades y el volumen de su organización empresarial, tal y como si de un comerciante individual se tratase. La inscripción en cualquier caso parece que si se plantea como necesaria a efectos de poder oponer a tercero de buena fe el cambio de la estructura típica con la que legalmente se aparece en aquellos aspectos en los que ello se haga posible por estar regulados bajo un régimen de derecho dispositivo.

La actuación de las sociedades personalistas de naturaleza mercantil plantea el problema de determinar cuál pueda ser el alcance de su naturaleza jurídica y determinar su relación con el concepto de la personalidad jurídica (221).

El examen de los preceptos de la sociedad colectiva, como prototipo de las sociedades personalistas, se aproxima en su estructura a «la comunidad de mano común germánica», aunque el propio HGB señale como supletorias de las normas que la regulan (arts. 105 y sigs. HGB) a la sociedad civil (art. 105 HGB). Esta remisión, no obstante, tiene el alcance de su aplicación sólo en aquellos aspectos de la sociedad civil que no contradigan la naturaleza de la sociedad colectiva y está limitada, lógicamente, por los supuestos de hecho que su régimen jurídico contemple.

La construcción de la «comunidad de mano común» ha de trascender, lo que sería una contemplación tradicional de la figura bajo la óptica de los derechos reales que entiende por ella la pertenencia de una cosa a una pluralidad de personas, pero no por asignación de cuotas, sino como una titularidad absoluta de cada uno de los sujetos sobre la totalidad íntegra de la cosa. La institución de la «comunidad de mano común» es algo más que un patrimonio común puesto que implica además una serie de relaciones entre los socios y un comportamiento de los socios frente al exterior mediante el mecanismo de la representación que supone la existencia de un mínimo de organización corporativa. La organización corporativa no sólo no es incompatible con la comunidad de mano común, sino que, como afirma FERRARA, es históricamente demostrable la relación entre ambas a la vez que conceptualmente necesaria (222). Ello ha llevado a que, a veces,

(221) Es importante en torno a este problema tener presente las nuevas construcciones tanto doctrinales como legislativas que, siguiendo la construcción elaborada en su momento por el profesor GIRÓN TENA, J. (*Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, págs. 226 y sigs.), han venido construyendo bajo esta óptica una nueva visión sistemática de la construcción de la persona jurídica y las sociedades (así, por ejemplo, PAZ-ARES, C., *Comentario del Código Civil*, t. II, AA.VV., Madrid, 1991, págs. 1299 y sigs.).

(222) FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas* (traducción de OVEJERO, E.), Madrid, 1929, págs. 53 y sigs.

se le haya podido atribuir la naturaleza de persona jurídica y que el mismo error se haya desplazado al terreno de las sociedades mercantiles.

La dicotomía señalada entre sociedades (*Gesellschaft*) y asociaciones (*Vereine*) no se plantea por tanto con una puridad absoluta al plantearse zonas intermedias de difícil depuración conceptual (223). Lo que queda fuera de toda duda es que la personalidad jurídica no es el único mecanismo técnico de actuación conjunta en el tráfico cuando se efectúa a través de figuras negociales de carácter asociativo. Y que por lo tanto la función del Registro Mercantil en relación con ellas no tiene que ser siempre la de un instrumento necesario para su nacimiento y otorgamiento de la personalidad jurídica (224).

La sociedad colectiva goza de un patrimonio social que pertenece mancomunadamente a todos los socios con respecto a todos y cada uno de sus elementos componentes (art. 719 HGB), sin que pueda hablarse de una distribución por cuotas. Si bien es cierto que existe una cierta separación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad, a efectos de responsabilidad frente a terceros el socio responde solidariamente con aquélla (art. 128 HGB). Lo que la aproxima a la sociedad de mano común. Además, la sociedad colectiva tiene un mínimo de régimen de organización que la distancia de la sociedad en sentido estricto y la aproxima a las figuras de naturaleza asociacional. No constituye una simple relación contractual entre los socios, sino que se dota de una cierta organización para su funcionamiento. Y la existencia de esa organización se manifiesta internamente interfiriendo lo que serían en otro caso relaciones directas entre los socios y a través del mecanismo de gestión. Si bien es cierto que esa organización no llega a desprenderse de la técnica de decisión propia de los contratos ni permite tampoco una movilidad absoluta de sus miembros. Y externamente, aunque actúa en el tráfico bajo una razón social (art. 19 HGB), lo hace más bien mediante una técnica de representación que propiamente orgánica. Se trata de notas esenciales que alejando a la sociedad colectiva de lo que serían las sociedades en sentido estricto no las equipara a las asociaciones con propia personalidad jurídica y las sitúa en una posición intermedia equiparable a lo que sería la «comunidad de mano común germánica». Se pone así de relieve la dificultad para establecer en el ordenamiento alemán una separación tajante entre figuras asociacionales con propia personalidad jurídica y societarias carente de ella (225).

La inmatriculación de las sociedades personalistas no se requiere por lo tanto con una eficacia constitutiva en lo que se refiere a su nacimiento

(223) HUECK, A., *ob. cit.*, págs. 6 y sigs.

(224) HUECK, G., *ob. cit.*, pág. 60.

(225) DROBNIG, U., *La personnalité morale et ses limites (Etudes de Droit comparé et de Droit International Public)*, AA.VV., París, 1960, págs. 127 y sigs.

como sociedad con personalidad jurídica. La inscripción tiene un carácter esencialmente obligatorio (art. 106 HGB), pero su simple actuación en el tráfico es suficiente para poder constatar su existencia. A veces, sin embargo, la inscripción le puede venir impuesta con un carácter constitutivo, pero lo sería exclusivamente en conexión con la actividad que desarrolla, como si se tratase de un comerciante individual, y no por la razón concreta del tipo. La razón de esta dualidad comprensible por razones históricas no lo es, sin embargo, con meras razones de construcción dogmática. En consecuencia con lo indicado parece que sólo en el caso de que la sociedad colectiva pudiese ser calificada bajo el supuesto de hecho del «comerciante en virtud de su inscripción registral» (*Sollkaufmann*) habría que recurrir a la aplicación de la sanción del artículo 123 HGB de condicionar la eficacia de las relaciones de la sociedad colectiva con los terceros al momento de su inscripción registral.

b) Las sociedades capitalistas

Muy diferente es el planteamiento que hay que efectuar con respecto a las sociedades capitalistas. El Registro Mercantil va a cumplir con respecto a ellas una doble función: la de carácter constitutivo e informativo a efecto de desencadenar lo que constituye en sentido estricto la eficacia de la publicidad registral. Y así, en efecto, lo recogen la AktG de 6 de septiembre de 1965, continuando la línea iniciada con la modificación de ADHGB (art. 208) por la Ley de 2 de febrero de 1870 y que se había mantenido hasta la derogada Ley de 30 de enero de 1937, y la GmbHG de 20 de abril de 1892. Estas sociedades están dotadas de personalidad jurídica y antes de la inscripción no existen como tales (arts. 1 y 41 AktG y 11 GmbHG). La inscripción es así un elemento constitutivo del tipo, atribuye personalidad jurídica y determina en consecuencia su mercantilidad en cuanto por el mero hecho de su nacimiento adquieren el carácter de comerciante (arts. 3 AktG y 13 GmbHG), y además de comerciante pleno (art. 6 HGB). La posibilidad de valerse por parte de la sociedad ya inscrita de los efectos registrales frente a terceros requiere además del complemento de su publicación (art. 40 AktG) en los límites que en su momento fueron expuestos al analizar el artículo 15 HGB.

La existencia en el tráfico de sociedades que aparecen como sociedades capitalistas, incluso con la formalización bajo escritura pública del contrato societario en lo que sería una fase previa a su inscripción (*die Vorgesellschaft*) ha venido planteando tradicionalmente el problema de su naturaleza jurídica y en consecuencia el de delimitación de las normas a aplicar. La falta de inscripción registral reconduciría el supuesto societario a aquella

figura que no requiriera de ella para su existencia, pero en la que se dieran los requisitos mínimos esenciales para poder afirmar la existencia de un contrato de sociedad en sentido amplio. Este mínimo se encontraría en la sociedad civil del BGB, si bien si la actividad fuera de naturaleza mercantil haría factible el que pudiésemos hablar de una sociedad colectiva en cuanto que realmente goza de una naturaleza de «sociedad en sentido estricto» similar a la que es propia de la sociedad civil. Si bien el mayor grado de complejidad organizativa con el que se presentan lleva también a hablar de la existencia de figuras de naturaleza asociacional no tipificada (226). Hoy el acentuamiento en la contemplación del grado de corporación con el que se presentan estas sociedades capitalistas, tanto en su organización como en el ejercicio de su actividad, ha inclinado a la práctica totalidad de la doctrina en el sentido de entenderlas como figuras asociacionales *sui generis* (*Vereinigen eigener Art*) (227), para los que sólo existe un régimen jurídico muy limitado en lo que respecta a la atribución solidaria de responsabilidad por lo actuado a los que lo hicieron en su nombre (arts. 41.1 AktG y 11.2 GmbHG). Lo que supone la aplicación de todas aquellas normas que constituyen el régimen jurídico de las sociedades anónimas o limitadas, salvo en lo que suponga un reconocimiento de la personalidad jurídica. No hay que confundir la figura analizada con aquellas sociedades que son creadas con la finalidad de servir a la constitución de una sociedad de carácter capitalista (*die Vorgründungsgesellschaft*) y que se extinguen cuando constituyen la sociedad procediendo a su inscripción. Su naturaleza sería la de una sociedad civil del BGB o bien colectiva según el tipo de actividad que viniesen desarrollando (228).

C) *El comerciante registralmente aparente*

La trascendencia registral con respecto a la configuración del comerciante no quedaría completa si no se hiciera referencia al problema de aquellas personas que apareciendo inscritas en el Registro Mercantil no son comerciantes plenos o no ejercen una actividad comercial. Se trata del «comerciante registralmente aparente» (art. 5 HGB) al que se considera comerciante pleno con independencia de cuál sea su real situación: «Inscrito un nombre comercial en el Registro Mercantil, no puede oponerse a aquellos que invocan la inscripción que la actividad que se encuentra debajo del

(226) Sobre las posiciones doctrinales, *vid.* HUECK, A., *ob. cit.*, pág. 134.

(227) HUECK, G., *Gesellschaftsrecht* (edición corregida de la misma obra de HUECK, A.), München, 1991, págs. 192 y 334 y sigs.

(228) HUECK, G., *ob. cit.*, pág. 192.

nombre comercial no es una actividad mercantil o que pertenece a la recogida en el artículo 4» (229).

No parece que en este caso se esté ante una manifestación del efecto de fe pública registral (230), en su momento analizado, porque la eficacia del precepto parece extenderse tanto en favor del tercero como de quien aparece inscrito. Cualquiera de ellos puede valerse de la **presunción *iuris et de iure*** de la cualidad de comerciante pleno que el artículo 5.º crea con respecto al comerciante que aparece inscrito registralmente. Sin embargo, el efecto de fe pública registral tiende esencialmente y a la protección exclusiva del tercero.

No parece tampoco tener consistencia la idea de sostener la existencia de un nuevo tipo de comerciante completamente independiente de los anteriormente señalados y que se produciría como consecuencia de la eficacia constitutiva de la inscripción (231). El que aparece registralmente como comerciante o bien es un comerciante que no tenía por qué estar inscrito y lo que sucede es que como consecuencia de la inscripción se le aplica un estatus diferente al que realmente debería de tener; o bien no lo es, en cuyo caso se aplicaría el presente artículo que va dirigido a evitar conflictos posteriores a la inscripción de un comerciante con respecto a las dudas que pudieran plantearse en torno a cual fuera el tipo real de comerciante que le corresponde (232). Sin que parezca claro que ésta pueda ser también la vía para proteger a los terceros con respecto a aquellos que sin ser comerciantes aparezcan inscritos en el Registro Mercantil como tales.

Se trata de una manifestación legal de amparo a la apariencia registral tendente a proporcionar un mayor grado de seguridad al tráfico comercial y cuya eficacia decaería por lo tanto en el supuesto en el que aquel amparo no se hiciera ya necesario como consecuencia del conocimiento que el tercero pudiera tener de la realidad, o bien con respecto al propio comerciante aparente si consiguió la inscripción actuando de mala fe. El juego de la buena fe ha de actuar en todo caso necesariamente como límite de esa protección.

(229) El artículo 4.º se refiere al «pequeño comerciante» estudiado en páginas anteriores.

(230) WEGHMANN, A., *ob. cit.*, págs. 49 y sigs.

(231) AFFERNI, W., *ob. cit.*, págs. 189 y sigs.

(232) El alcance que la exigencia de la presencia de una actividad empresarial se presenta en la doctrina varía desde aquellos que exigen una verdadera empresa comercial Schlegelberger. HILDEBRANDT, W., y HANDELSGESETZBUCH, T. I., München, 1973, págs. 59 y sigs.), hasta aquellos que sólo requieren la presencia de una organización empresarial con independencia del tipo de actividad (GIERKE, J., *op. cit.*, pág. 101).

IV. LA EFICACIA PUBLICITARIA EN EL REGISTRO ITALIANO DE LA EMPRESA (233)

La finalidad que se persigue con este trabajo es la de ofrecer una representación del sistema de la eficacia registral y una valoración crítica del mismo de un Registro, el de la empresa, que por la aparente divergencia del ámbito de la situación registrable que se presenta con respecto a nuestro Registro Mercantil y la necesidad de ponerlo todavía en marcha ha parecido oportuno realizar a fin de su comparación y de su posible toma en consideración en vías de esa necesaria actualización.

Salvo en lo inevitable se prescinde conscientemente de la exposición de aquellos aspectos del Registro de la empresa que no afectan directamente al tema de la eficacia de la publicidad registral y que normalmente son expuestos cuando se trata la institución registral (organización, situaciones inscribibles, función de la inscripción, calificación, etc.).

1. FORMACIÓN DEL REGISTRO DE LA EMPRESA

A) *Antecedentes inmediatos*

El antecedente publicitario inmediato a la actual regulación del Registro de la empresa lo encontramos disperso en el articulado del Código de Comercio italiano de 1882, cuyo examen ofrece una perspectiva semejante a la que se encuentra en el Código de Comercio francés de 1807, con la diferencia de que mientras el Código de Comercio francés supuso el punto de partida de un lento deslizar a lo largo de la historia hasta conformar la situación publicitaria en su estado actual, el Código de Comercio italiano de 1882 va a mantener su deficiente conformación publicitaria registral hasta que se produjo el corte radical con el pasado que supone la creación del Registro de la empresa en el Código Civil italiano de 1942.

No existía en el Código de Comercio de 1882 un Registro único comercial en el que, con mayor o menor fortuna, se intentase la creación de un sistema publicitario, tal como el Registro alemán o el español, sino que se presentaba una multiplicidad dispersa de Registros de carácter comercial bajo el cuidado de los Jueces encargados de los Tribunales de Comercio, siguien-

(233) Vid. SEQUEIRA, A., «La eficacia publicitaria en el Registro italiano de la Empresa», *Boletín de Información*, núms. 1656-1657, Ministerio de Justicia, diciembre 1992, págs. 6702 y sigs., y 6829 y sigs. respectivamente, y que ahora se actualiza.

do lo que fue el antecedente normal de muchos de los actuales sistemas registrales (234). Esta situación de dispersión publicitaria concretada en una multiplicación de los Registros comerciales (Registro de autorización al menor, sociedad comercial, poderes, etc.; arts. 9, 90, 13, etc.) (235) iba acompañada de una cierta confusión en cuanto a lo que verdaderamente constituye el ámbito de eficacia de la publicidad registral. No existía una clara delimitación entre lo que constituye la eficacia o la ineficacia frente a terceros derivada de la publicidad registral y la validez o invalidez de las situaciones inscribibles; no fija claramente la frontera entre las funciones de la inscripción (constitutiva, declarativa) y los efectos de la publicidad, que pertenecen a planos diferentes (236). Así se desprende claramente de múltiples preceptos, tanto en materia de comerciantes individuales (arts. 9 y sigs.) como con respecto a la inscripción de las sociedades (237) y los actos con ellas relacionados como otorgamiento de poderes, rescisión de los mismos, etc. (arts. 90 y sigs.), donde se habla de la no validez de situaciones no inscritas, cuando sería mucho más ajustado a la defensa del interés de los terceros hablar de eficacia o ineficacia frente a terceros de las situaciones inscribibles.

Las necesidades del tráfico comercial, cada vez más exigentes en la certeza de las situaciones y en una veraz información, reclamaban justamente la instauración de un sistema publicitario y de un Registro de Comercio que garantizase un mínimo de seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Pero a pesar de los ejemplos de las legislaciones europeas que superando ese viejo temor de que la instauración de un Registro de Comercio pudiera hacer pensar en el superado sistema de las corporaciones y de los privilegios, habían instaurado un sistema de publicidad registral, ya en el mismo proceso de la codificación (Alemania y España), ya en un momento posterior (Francia), la realidad es que en Italia la situación va a permanecer estacionaria hasta 1942.

Esta situación de inexistencia de un Registro de Comercio centralizado y de confusión en cuanto a lo que supone el régimen de eficacia registral tenía que ser superada puesto que las necesidades de un nuevo orden económico lo reclamaban, y, a su vez, la doctrina pugnaba con fuerza en este sentido (238), de forma tal que en los sucesivos proyectos de Códigos

(234) PAVONE DE LA ROSA, // *Registro delle Imprese*, Milán, 1954, págs. 9 y sigs. Los llamados «Registri di cancelleria» para sociedades previstos por el Reglamento de ejecución del Código de Comercio de 1882 (RD de 27-XII-1982, modificado por RD de 22-I-1992).

(235) SALANDRA, V., *Manuale di Diritto Commerciale*, Bolonia, 1949, págs. 6 y sigs.; MOSSA, *Diritto Commerciale*, Milán, 1937, págs. 35 y sigs.

(236) AFFERNI, V., «Registro delle imprese», *Novissimo Digesto V*, 15, 1957, pág. 182.

(237) SALANDRA, V., *Le società irregolare nel Diritto vigente*, Roma, 1935, págs. 16 y sigs.

(238) BOLAFFIO, *Comentario al proyecto de Vivante*, Milán, 1922, págs. 209 y sigs.

aparece ya expresa la configuración de un Registro de Comercio con efectos que superan los meramente administrativos. Es de señalar con especial interés los preceptos del Proyecto de Código de 1922, cuya comisión redactora, con el profesor VIVANTE como Presidente, viene a tener en cuenta la urgencia de un Registro general de Comercio con efectos verdaderamente publicitarios que las necesidades del tráfico requieran y que la doctrina reclamaba. En este sentido, los artículos 20 y siguientes del Proyecto instituirían un Registro general con verdaderos efectos publicitarios. El artículo 27 del Proyecto (239) daba ya una construcción de carácter genuinamente publicitario, centrando sus efectos en torno al planteamiento clásico de inoponibilidad de lo no inscrito y oponibilidad de lo inscrito, si bien este último lo expresa a través de la presunción absoluta de conocimiento por parte del tercero de las situaciones inscritas (eficacia notficativa). Esta construcción con gran probabilidad de influencia alemana (240) es la que, como habrá ocasión de ver, pasará con ligeros retoques a construir el efecto publicitario del actual Registro de la empresa (241).

La realidad, sin embargo, es que el vacío en materia publicitaria continuó en lo que a la configuración de un verdadero Registro Mercantil se refiere hasta la publicación del Código Civil italiano de 1942, y ello a pesar de la formación publicitaria de muchos de los autores de la doctrina civilística y mercantil (242) que en este sentido pugnaban, como también de las necesidades reales, de sus antecedentes históricos y del Derecho comparado que lo instituí.

La falsa configuración de un Derecho comercial objetivo y el miedo a caer en una consideración estamental del comerciante fueron más fuertes que la realidad objetiva de las situaciones.

B) *El Código Civil italiano de 1942 y el Registro de la empresa: Intento de construir un Derecho Mercantil en torno a la empresa y su reflejo en la configuración del Registro*

El nuevo Código Civil va a traer consigo la innovación en dos puntos fundamentales: por un lado, la unificación en materia de obligaciones y el

(239) Fundamental (art. 27): «Hecha la inscripción, nadie puede aducir el desconocimiento de los actos transcritos. Quien tiene la obligación de pedir la inscripción no puede oponer a los terceros los actos no transcritos, a no ser que demuestre que aquél tenía conocimiento de ellos».

(240) Ver artículo 15 HGB, sin olvidar la gran influencia que en los grandes teóricos italianos (PAVONE, CORRADO) de la publicidad tuvieron las construcciones de la doctrina alemana.

(241) Ver artículo 2.193 del Código de Comercio italiano.

(242) Así MOSSA, VIVANTE, BOLAFFI, CORRADO, etc.

tratamiento unitario en materia contractual (arts. 1.173 y sigs.) que suprime la doble regulación civil y mercantil tanto en materia general de obligaciones como en la de contratos, y por otro lado, va a suponer, o por lo menos va a intentarlo, una nueva construcción del Derecho Mercantil que descansará sobre el instituto de la empresa (Libro V). Es en definitiva, con ligeros retoques, la plasmación legislativa del proyecto de ASQUINI de 1940, que logró, probablemente como consecuencia de la entonces situación política, tener un mejor fin que sus inmediatos anteriores VIVANTE (1922) y D'AMELIO (1925) (243).

Esta nueva construcción del Derecho Mercantil en torno a la empresa, o incluso el intento de equiparar el Derecho Mercantil como Derecho de la empresa (244) es, junto con las construcciones doctrinales que vislumbran con certeza al empresario como el nuevo sustituto del antiguo comerciante (245), resultado de una nueva concepción política y económica que va a colocar a la empresa como «el elemento base del encuadramiento de la economía nacional en el sistema corporativo» (246). La empresa va a concebirse, al igual que el Estado, como un todo orgánico y corporativo donde bajo la idea de la contemplación del todo por encima de sus elementos componentes no late otra concepción que la de ocultar los intereses en conflicto (247). Esta concepción corporativista de la empresa es la que yacía en el proyecto de ASQUINI y, en gran medida, dentro del actual Código Civil.

Era lógico y consecuente que si esta idea era la que dominaba la nueva concepción del Derecho Mercantil, de alguna manera tuviera que verse reflejada en la construcción de un sistema publicitario registral comercial. Y así, el nuevo Registro comercial del vigente Código Civil italiano poniendo de relieve esta nueva concepción, va a denominarse y a intentar ser «el Registro de la empresa» (arts. 2.188 y sigs.).

El encaje sistemático del «Registro de la empresa» dentro del Libro V, «Del lavoro», indica la intención de dar un tratamiento completo y orgánico de la empresa en conformidad con la concepción política de su promulgación (248). Así como la denominación del Capítulo III de dicho Libro V, «Delle imprese commerciali e delle altre imprese soggette a registrazione», al cual el Registro de la empresa pertenece, inclina a creer en un primer

(243) MOSSA, L., *Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX*, Madrid, 1948, págs. 161 y sigs.

(244) ASQUINI, «Profili dell'impresa», *RDCI*, págs. 104 y sigs.; MESSINEO, *Manuale di Diritto Commerciale*, 1949, págs. 5 y sigs.

(245) MOSSA, «Per il nuovo Codice di Comercio», *RDCI*, 1928, págs. 16 y sigs.; GRAZIANI, *L'impresae V imprenditore*, Nápoles, 1959, págs. 18 y sigs.

(246) LA LUMINA, *Diritto Commerciale*, Milán, 1950, págs. 40 y sigs.

(247) MOSSA, L., *ob. cit.*, págs. 166 y sigs.

(248) Ver artículo 2.085 sometiendo la marcha de la empresa «al Estado según las normas de carácter corporativo».

momento que dicho Registro de la empresa va a ser un Registro totalizador de los elementos componentes de la misma en su sentido económico y con independencia de su carácter comercial o no.

Es necesario depurar, sin embargo, el exacto carácter del objeto de la inscripción en torno a su adecuación o no y, en su caso, en qué términos, al concepto económico de la empresa de una manera totalizadora. Y esta depuración es especialmente importante no sólo en función de señalar el exacto objeto de la inscripción, sino también en **cuanto** que sirve para facilitar en algo la polémica en torno a la caracterización del Derecho Mercantil italiano como un derecho de la empresa y el alcance de lo que por ella se entiende (249).

Un examen detallado de lo que para el Código Civil italiano supone el *Registro delle Imprese* (Libro V, Título II, Capítulo III, arts. 2.188 y sigs.) pone de relieve:

- Que el verdadero objeto de la inscripción en el Registro de la empresa son los empresarios individuales o sociales, pero no la empresa.
- Que ni sólo se inscriben los empresarios comerciales ni todos los empresarios comerciales se inscriben.

En definitiva, que el Registro de la empresa no tiene por objeto la inscripción de empresas en sentido económico, sino de sujetos que aunque normalmente desarrollan una actividad comercial pueden no hacerlo (ejemplo: sociedades de capital).

Contra lo que en un primer momento pudiera hacer pensar la mera interpretación literal de los preceptos dedicados al Registro de la empresa, lo que se inscribe en el Registro de la empresa no es, ni mucho menos, la empresa concebida en términos económicos (250).

No obstante, al Código Civil y a la doctrina italiana les cabe el haber logrado hacer patente una realidad, completando la posición del gran precursor WIELAND (251) con más o menos fortuna: el que el empresario viene a desplazar en el tráfico a la antigua figura del comerciante, y expresión de ello es el intento de dar cabida a esta concepción dentro del sistema publicitario creando el llamado Registro de la empresa.

(249) BROSETA, M., *La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones*, cit. En las págs. 106 y sigs. da una panorámica bastante amplia de la situación italiana.

(250) Por otro lado, la no existencia de una clara delimitación de lo que el Código Civil ha entendido por empresa ha ocasionado el que la doctrina haya diferido en sus conclusiones en torno a la concepción de la posible existencia de un Derecho Mercantil como un derecho de la empresa, pasando desde posiciones que la adoptan como tal hasta otras que lo rechazan abiertamente. En sentido positivo, AQUINI, MESSINEO, etc.; en sentido negativo, FRANCESCHELLI, GRAZIANI, etc.

(251) WIELAND, *Handelsrecht*, Munich, 1931, I, págs. 114 y sigs., seguida en Italia por MOSSA.

Quien se inscribe en el Registro no es la empresa (en términos económicos concebida), sino el empresario. El artículo 2.195 del *Codice Civile* dice: «Están sujetos a la inscripción en el Registro de la empresa *los empresarios que...*»; el artículo 2.196 insiste en el mismo sentido al señalar que «son los empresarios quienes deben requerir la inscripción...»; y para más abundamiento, en el ordenamiento italiano la empresa como tal carece de personalidad jurídica, siendo una persona física o jurídica el centro de imputabilidad y de conexión de los diferentes elementos que la componen.

El Registro de la empresa tiene por finalidad inmediata el deslindar claramente el sujeto que interviene en el tráfico y las condiciones que reúne para ser centro de imputabilidad y de responsabilidad de aquellas relaciones en las cuales interviene. Y en Derecho italiano sólo las personas físicas o jurídicas son centro de imputabilidad y responsabilidad y, en definitiva, con capacidad jurídica, y nunca la empresa como tal la tiene. Lo que sucede es que el empresario se distingue por el desarrollo de una actividad profesionalmente organizada y dirigida a la producción o al cambio de bienes y servicios (art. 2.082 CC) y en el Registro de la empresa será necesaria la inscripción de aquellas facetas más relevantes de su actividad que sirvan para deslindar claramente el sujeto que se encuentra detrás de ella y al que, por tanto, le serán imputables las consecuencias de la misma. Y si se inscribe algún aspecto de carácter objetivo y patrimonial (nombre, sede, etc.), hay que entender la inscripción en el sentido de ser un elemento fundamental para la configuración y delimitación del sujeto que a través de ellos desarrolla su actividad y que por lo tanto es responsable de la misma. Este y no otro parece ser el sentido que tiene el artículo 2.196 del *Codice Civile* cuando al hablar de «Inscrizione dell'impresa» en realidad lo que está haciendo es enumerar aquellos elementos que más claramente sirven para delimitar la actividad e identidad del empresario. Así menciona el nombre, apellidos, nombre comercial, objeto, sede, etc.).

Sólo en el sentido de *identificación de actividad y empresa* puede hablarse propiamente cuando se quiere decir Registro de la empresa, y ello sin olvidar que si la actividad (o mejor, los elementos configuradores de la misma) se publica se hace en tanto en cuanto sirve para señalar el sujeto que se encuentra detrás de la misma y que es responsable de ella. Y en este sentido de identificación de actividad y empresa, es decir, dando a la denominación «empresa» el significado de acometimiento de una actividad, es en el que la moderna doctrina italiana se viene inclinando cuando habla de Derecho Mercantil como un derecho de la empresa (252). Se hace necesario revisar entonces las concepciones de un Derecho Mercantil como un dere-

(252) TAMBURRINO, G., *Manuale di Diritto Commerciale (L'impresa commerciale. Gli atti dell' imprenditore)*, Roma, 1962, págs. 20 y sigs.

cho de la empresa, entendida ésta de un modo totalizador (así como sus críticas) desde el momento en el que por Derecho Mercantil empieza a entenderse el derecho que regula el ejercicio de una actividad (o empresa) organizada dirigida a la producción de bienes y servicios (253), Y ésta es la pequeña aportación que el examen de la publicidad registral italiana puede realizar en orden a un mejor deslinde y comprensión del aspecto conceptual del Derecho Mercantil.

Pero la delimitación del Registro de la empresa como un Registro de empresarios (254), es decir (en consideración a lo que se ha llamado aspecto subjetivo de la empresa), un Registro de empresarios cualificados por su actividad, quizás podría todavía ocasionar alguna duda en cuanto que el artículo 2.556 CC afirma que los contratos de transferencia de propiedad o goce de la «azienda» deben ser inscritos. Sin entrar en el problema sobre la naturaleza de la «azienda», elementos componentes de la misma y posibilidad de un tratamiento unitario de la misma (255), la realidad es que la «azienda» es considerada como el aspecto objetivo e instrumental que ayuda al desenvolvimiento de la actividad empresarial, y ello con el apoyo legislativo del artículo 2.555 del Código Civil, que al proceder a dar la noción de la «azienda» la califica como «el complejo de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa». Todo ello podría llevar a pensar que el Registro de la empresa pudiera ser también un Registro de titularidades sobre conjuntos de bienes organizados con una finalidad unitaria, titularidades reales de manera similar a las de los Registros inmobiliarios. Sin entrar en el problema de la dificultad de construir la «azienda» en torno sólo a titularidades reales, lo que no es objeto de este estudio (256), lo que sí se debe rechazar es que el sistema publicitario del Registro de la empresa tenga un objeto y finalidad de defensa de las titularidades reales inscritas frente a las no inscritas. Cuando el Registro de la empresa señala la necesidad de inscribir el transferencia de «la azienda», la idea que late debajo es identificar realmente quién es el titular de la empresa, pero no entendido como titular de un derecho real cuya naturaleza es difícilmente configurable y cuyo objeto sería el conjunto de bienes entendido de una manera totalizadora bajo el concepto de «azienda», sino que, distinguiendo entre «azienda» y su ejercicio (257), se pone de relieve el aspecto meramente **negocial** de la transmisión (no el real de

(253) GRAZIANI, A., *Manuale di Diritto Commerciale*, Nápoles, 1968, pág. 9.

(254) AFFERNI, V., *ob. cit.*, pág. 196.

(255) ASCARELLI, T., *Corso di Diritto Commerciale (Introduzione e teoria dell'impresa)*, Milán, 1962, págs. 311 y sigs.

(256) TAMBURRINO, G., *ob. cit.*, págs. 130 y sigs.; ASCARELLI, T., *ob. cit.*, págs. 321 y sigs.

(257) ASCARELLI, T., *ob. cit.*, págs. 316 y sigs.

titularidad). Y es en cuanto que se señala el fin de un empresario (transmitente) y el inicio de uno nuevo (adquirente) cuando se puede hablar de señalamiento de un nuevo titular. El titular debe ser entendido, como afirma ASCARELLI (258), en el sentido de titularidad de los derechos que aseguran el ejercicio de la actividad empresarial. En definitiva, que nos muestra quién es el que al actuar como empresario será el titular activo o pasivo de las relaciones jurídicas habidas en el tráfico propio de su actividad. Se delimita, a fin de cuentas, la persona física o jurídica centro de imputabilidad.

En definitiva, como se ha venido afirmando, el Registro de la empresa es esencialmente un Registro de sujetos caracterizados por ser titulares de una actividad empresarial, es decir, un Registro de empresarios (un supuesto diferente es el de las sociedades de naturaleza capitalista).

La «azienda» figura en el Registro de la empresa (art. 2.556 CC), pero éste no protege las titularidades reales sobre el bien «azienda» ni sobre sus elementos componentes en el sentido de proteger al adquirente de dicha titularidad frente a otros posibles titulares no inscritos (sería éste el efecto mínimo de la publicidad sobre bienes). La «azienda» va a figurar en el Registro de la empresa porque el aspecto subjetivo (actividad) y el objetivo («azienda») van tan íntimamente ligados que difícilmente podría configurarse el titular de la actividad empresarial si no se delimitara el aspecto objetivo del que se sirve para el desarrollo de la misma. Se trata de que puesto que el tercero que se relaciona en el tráfico con un empresario lo hace frecuentemente a través de elementos objetivos de la empresa (en sentido económico), siéndole difícil el comprobar quien se sigue encontrando o no el mismo titular empresarial, se procura que la contemplación del Registro de la empresa le proporcione la información para comprobar quién es el empresario y, también, si en efecto sigue siéndolo o no. Hasta un punto tal que, a mi parecer, el titular de una «azienda» transmitida de cuyo cambio no se ha realizado la inscripción en el Registro seguirá respondiendo como titular del ejercicio de la misma frente a aquellos que al relacionarse con él confiaron en la apariencia registral que seguía haciéndole aparecer como empresario (259). El Registro de la empresa trata, insistiendo en el tema, de delimitar quién es el titular de la actividad empresarial y, por lo tanto, quién responderá del ejercicio de la misma, pero no de proteger las titularidades reales sobre el conjunto de bienes constituidos en «azienda». La protección de estas titularidades procederá de aquellos Regis-

(258) ASCARELLI, T., *ob. cit.*, pág. 329.

(259) En este sentido, la Ley de 23-III-1967 sobre el Registro de Comercio francés (art. 42.2.º), «quien cede el "fond de commerce" no puede oponer el cese de su actividad ni sustraerse a la responsabilidad de las obligaciones contraídas por su sucesor hasta que sea operada la cancelación correspondiente».

tros donde se encuentran inscritos los distintos bienes que constituyen el elemento objetivo, pero no del Registro de la empresa.

Otra cosa es que, de *lege ferenda*, no fuera deseable la contemplación de un Registro de la empresa que no sólo contemplara al titular de la actividad y las situaciones inscribibles a él conexas a fin de delimitar quién es el sujeto responsable, sino que también pusiera de manifiesto las titularidades reales sobre el elemento objetivo o «azienda» de manera que se diera también una protección publicitaria registral al titular y adquirente de la «azienda», sin que dicha protección se tenga que buscar en cada uno de los diferentes Registros a los cuales tienen acceso los diferentes bienes componentes de la «azienda» (260). Se trata, en definitiva, de que partiendo del tratamiento unitario que el *Codice Civile* italiano ha dado a la «azienda» (arts. 2.555 y sigs.) y de la necesidad de que la transmisión absoluta o limitada de la misma deba constar en el Registro de la empresa (art. 2.556), se arbitre el instrumento técnico adecuado para que consten los elementos objetivos de la empresa, no sólo a fin de una mejor delimitación del titular y responsable de la actividad empresarial (art. 2.196), sino también como medio de protección de titularidades sobre el conjunto de bienes organizados constituyentes de la «azienda» (art. 2.555).

Las razones prácticas que avalan la idea son obvias:

- Las ventajas de centralizar en un Registro único todas aquellas situaciones que mereciendo ser registradas hagan de alguna manera referencia a la empresa, evitando multiplicidad de Registros y logrando dar una visión de conjunto de la situación real del empresario que cada uno de los Registros de por sí no ofrece.
- Facilitar y asegurar los negocios transmisivos de la empresa mediante la defensa que el Registro de la empresa aseguraría a través del efecto publicitario al titular de la misma sobre los elementos componentes de ella y a los terceros. Y esto es factible en cuanto que las disposiciones del Código Civil relativas al Registro de la empresa necesitan ser desarrolladas mediante un Decreto emanado del Presidente de la República (art. 99 del RD de 30-III-1942 sobre disposiciones para la actuación del CC) que todavía no ha tenido lugar, y, por otro lado, no existen preceptos en el Código Civil, ni concretamente en la parte relativa al Registro de la empresa, que se opongan a este tratamiento registral unitario que sirva tanto para la identificación del titular en orden a la responsabilidad de sus actuaciones y a la publicidad de situaciones a él conexas (poderes, incapacidades,

(260) BOCCHINI, E., // *Registro de lle Imprese consiglio nazionale del notarrato*. Per l'istituto fione del Registro delle imprese, Milán, 1979, pág. 36.

capitulaciones, etc.) como también para la protección de titularidades sobre la «azienda».

Además, el Código Civil en su artículo 2.188 indica que el Registro está establecido «para las inscripciones previstas por la Ley», lo que significa que pueden tener cabida otras inscripciones complementarias de las recogidas por el Código Civil a las que no necesariamente habría que atribuir la eficacia registral del artículo 2.193, puesto que como en su párrafo tercero se indica esos efectos se producen «salvo las particularidades dispuestas en la Ley» (261). No hay duda que el Registro de la empresa es esencialmente un Registro de empresarios y que las necesidades de inscripción en las transmisiones de la «azienda» va dirigida a determinar el nuevo titular más que a proteger titularidades sobre ella (art. 2.556 CC). Pero ¿existen en el Código Civil posibilidades para intentar un desarrollo registral en el sentido totalizador antes expuesto, es decir, no sólo como Registro de *status* empresariales, sino también como Registro de las titularidades sobre los elementos objetivos de la «azienda»?

Aunque es cierto que los elementos objetivos de la empresa no juegan otro papel en el Registro que el de elementos que ayudan a la determinación del empresario, es igualmente cierto que no existen preceptos que se opongan a la posibilidad de esa construcción unitaria por la que se pugna (262), sino más bien lo contrario. Existe, en efecto, un precepto, el artículo 2.564 del Código Civil, que otorga al Registro de la empresa una cierta eficacia sobre uno de los elementos objetivos de la empresa, de manera que él aparece como algo más que como elemento configurador del empresario. Se trata del nombre comercial. La inscripción del nombre comercial en el Registro de la empresa otorga al titular del mismo una cierta defensa consistente en la posibilidad de oponerse a que se inscriba otro igual que no figuraba con anterioridad en el Registro; es, en definitiva, una protección registral sobre las titularidades inscritas. Y si esto es así no se ve obstáculo para que los demás elementos configuradores de la «azienda» puedan llegar a figurar como objeto de titularidades reales (problema arduo es el de una posible titularidad sobre todos los elementos reales o sólo sobre cada uno de ellos en particular) y que sean todos los posibles efectos deducibles del Registro de la empresa los que incidan sobre ellas. Posibilidad que al no haber obstáculo en contra es deseable que sea llevada a cabo por el desarrollo reglamentario pertinente.

Se trata en definitiva de desenvolver los preceptos del Código Civil de

(261) RUGGIERO, A., *Nuove prospettive per il Registro delle Diritte. Il Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 238 y sigs.

(262) BOCCHINI, E., *ob. cit.*, pág. 36.

manera que se rompa la tradicional configuración registral mercantil en aras de un mejor desarrollo y seguridad del tráfico comercial a través de un más amplio contenido del Registro de la empresa.

La sensación que la denominación del Capítulo III («Del Registro delle imprese») del Título II («Del lavoro nell'impresa»), pertenecientes al Libro V («Del lavoro») del Código Civil podría sacarse es la de que se ha intentado construir un Registro general para toda clase de empresas (263) sin distinción a su actividad. Pero la realidad es que el objeto empresarial del Registro de la empresa es normalmente, y a ello va dirigido, un Registro de empresarios comerciales. Se inscriben, en primer lugar, los empresarios que ejercitan una de las actividades consideradas como las tradicionalmente comerciales (así las actividades intermediarias, bancarias, de transportes, etc. —art. 2.195 CC—). Son los empresarios que podríamos considerar tradicionales en el comercio y la industria y que constituyen el núcleo básico de los empresarios que caen bajo la esfera de los ordenamientos comerciales, son los llamados expresivamente por el Derecho alemán «comerciantes forzosos» (art. 1 HGB). Han de inscribirse también los entes públicos que desarrollan una actividad comercial (art. 2.201 CC), que quedan sometidos al mismo sistema de obligatoriedad que los anteriormente señalados. Y por último, han de ser inscritas las sociedades tipificadas en los Capítulos III y siguientes del Título V, sea cual fuere su objeto (arts. 2.291 y sigs. CC). Entre estas sociedades se encuentran los tipos clásicos de comerciantes por la forma, y es en este sentido en el que se puede afirmar que no todos los tipos societarios desarrollan una actividad verdaderamente comercial e industrial y, sin embargo, deben figurar inscritos. La realidad formal se habría salvado si la misma Ley hubiera considerado comerciantes sin más a estos tipos societarios por el mero hecho de su constitución, como sucede en algunas legislaciones, pero sin embargo no lo ha hecho así y pueden figurar por lo tanto en el Registro sociedades que ni ejercen una actividad comercial, ni por Ley tampoco son comerciantes, aunque en la realidad del tráfico no sea normalmente así. La publicidad registral no es por lo tanto un elemento de calificación de lo que es o no el empresario y sin que en consecuencia se derive de ella automáticamente la aplicación de las normas propias del estatuto del comerciante (264).

(263) RUGGIERO, A., *Nuove prospettive per il Registro delle Diritte. Il Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 238 y sigs.

(264) AFFERNI, V., «Il Registro delle Imprese», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico delle Economía*, vol. II, Padova, 1978, pág. 195.

- C) *Consideraciones sobre la no entrada en vigor del instituto publicitario: «El Real Decreto de 30 de marzo de 1942 sobre disposiciones para la actuación del Código Civil» y su relación con los efectos publicitarios*

La idea de construir una nueva concepción del Derecho Mercantil donde el antiguo comerciante viene a ser sustituido por la figura del empresario que para la realización de su actividad se vale de una adecuada organización, choca paradójicamente con la realidad de que el Registro de la empresa, que es una de las instituciones clave de la nueva visión del derecho comercial en torno a la empresa, es solamente letra impresa en el Código Civil y no derecho vivo para la realidad del tráfico. En efecto, el Real Decreto de 30-III-1942, que contiene las disposiciones para la actualización del Código Civil, señala que: «Las disposiciones complementarias, así como la fecha para la entrada en vigor del Registro de la empresa, serán emanadas de un Decreto del Presidente de la República» (art. 99), y «hasta entonces las inscripciones se llevarán a cabo en los Registros de las Cancillerías» (art. 100), «sin que vengan obligados a la inscripción los empresarios individuales» (art. 100). Y todavía hoy no ha sido publicado el Decreto que desarrolle los preceptos del Código Civil que regulan el Registro de la empresa, aunque se han presentado algunos proyectos como el de 1958, de modificación del Código Civil, si bien afectaban básicamente al Registro en su aspecto formal y administrativo. Esta situación hace que el Libro V, «Del trabajo», no pueda desarrollar su plena eficacia hasta tanto en cuanto el Registro de la empresa sea totalmente establecido.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, el estudio de la publicidad registral debe ser llevado a cabo por tres razones fundamentales:

- En primer lugar, porque si bien es cierto que por el momento no se inscriben en el Registro de la empresa, sino en las Cancillerías, las situaciones sometidas a publicidad (y no todas las que señala el CC son todavía inscribibles —art. 100 RD—), lo cierto es que a estas situaciones inscribibles se le aplican las disposiciones del Código Civil publicitarias relativas al contenido, a los términos de la inscripción y a los efectos de la misma (art. 100 dips. att.); y en este aspecto limitado puede decirse que el Registro de la empresa tiene una cierta eficacia.
- En segundo lugar, porque contra la opinión de algunos autores de la ineficacia todavía del artículo 2.193 del Código Civil (265) que señala los efectos publicitarios, la realidad es que para las situacio-

(265) ASCARELLI, T., *ob. cit.*, pág. 181.

nes inscritas sí tiene vigor, ya que cuando el artículo 100 disp. att. señala la aplicabilidad de los efectos de la inscripción no se está refiriendo a la eficacia declarativa o constitutiva, que son las propiamente derivadas de la inscripción, sino que con ello se hace referencia a los efectos verdaderamente publicitarios del artículo 2.193 del Código Civil, que cuando habla de los efectos publicitarios lo hace bajo el epígrafe confuso de efectos de la inscripción.

- En tercer lugar, como señala PAVONE LA ROSA (266), por razones de política legislativa, ya que un verdadero estudio y examen de los preceptos actuales del Registro de la empresa, así como de los fines que con el mismo pueden alcanzarse, pondría de relieve las líneas a seguir para darle un adecuado desenvolvimiento. Máxime cuando, como hemos señalado, necesita todavía ser desarrollado en toda su plenitud mediante la promulgación de un Decreto emanado del Presidente de la República (art. 99 disp. att.), y este desarrollo legal podría dar satisfacción a las deficiencias y lagunas que todavía se desprenden de un examen de los preceptos del Código Civil relativos al Registro de la empresa.

Se expondrá así en las páginas posteriores el sistema publicitario del Registro de la empresa tal como se contiene en los preceptos del Código Civil (arts. 2.188 y sigs.) señalando los problemas y deficiencias que en él se presentan.

D) *Trascendencia del mecanismo registral en la configuración del empresario*

Como en páginas anteriores hemos tenido ocasión de señalar, el Registro de la empresa es realmente un Registro de empresarios cuya configuración viene delimitada por el ejercicio de una actividad que se desenvuelve a través de un conjunto organizado de bienes que tiene cabida en el Registro de la empresa en tanto en cuanto sirvan para una mejor delimitación de quien sea el titular de la actividad y por tanto su responsable. Se trata en definitiva de reflejar aquellas situaciones que delimitan el titular y configuran el alcance de su responsabilidad.

La función de la inscripción a veces va, sin embargo, más allá de ser el vehículo de entrada en el Registro de la empresa de determinadas situaciones inscribibles, convirtiéndose en elemento configurador de las mismas. La trascendencia de la inscripción con respecto a los empresarios individuales o sociales en orden a su nacimiento como tales es así punto básico de partida.

(266) PAVONE LA ROSA, A., *ob. cit.*, págs. 2 y sigs.

a) Empresarios individuales

Con relación al empresario individual la inscripción en el Registro no cumple otra función que la de ser mero vehículo a través del cual la situación extrarregistral —empresarios— ingresa en el Registro, gozando así de un plus de eficacia (los efectos registrales) propio de las situaciones registrales. En definitiva, la inscripción del empresario individual es una inscripción meramente declarativa que nada quita ni nada añade en la formación que va a ser registrada. El empresario individual está sin embargo obligado a solicitar su inscripción dentro de los treinta días siguientes al comienzo del ejercicio de su actividad, pero esta obligación es derivada de consideraciones político-legislativas y no de una necesidad técnica jurídica (arts. 2.194-2.196).

El empresario individual cuya inscripción es requerida con carácter obligatorio bajo pena de sanción (art. 2.194 CC) es realmente un comerciante o industrial cuya configuración como tal viene determinada por el ejercicio de una de las actividades contempladas por el Código, de manera que el mero ejercicio de la actividad determina la naturaleza del empresario comercial o industrial (art. 2.195). Es empresario con independencia de que como tal conste o no inscrito en el Registro.

Quedan sin embargo eximidos de la obligación —carga— de inscribirse en el Registro los pequeños empresarios (art. 2.202 CC), los cuales gozarán frente a terceros de la posibilidad de oponerles su configuración plena de empresarios, así como las situaciones a ellos referentes (concesión de poderes, limitación de los mismos, etc.) a pesar de no figurar inscritas. La construcción del pequeño empresario no viene sin embargo claramente delimitada por un criterio único y objetivo, normalmente el volumen de su actividad y organización, sino que su delimitación unas veces viene dada por la actividad (así los artesanos), otras parece querer hacer referencia al volumen y organización (así los pequeños comerciantes) y otras, finalmente, con referencia a la condición de que sea el mismo empresario quien ejercite con trabajo propio fundamentalmente, o de sus familiares, la actividad de que se trate (así el cultivador directo del fondo) (art. 2.803 CC). Una multiplicidad y confusión en la delimitación de los criterios, que muchas veces hará difícil deslindar la existencia de empresarios no inscritos y que deberían figurar en el Registro, y de empresarios inscritos que no deberían constar como tales. Lo cual tendría como consecuencia el otorgar ventajas a empresarios que podrían poner en dificultades la seguridad y confianza del tráfico o el imponer cargas a otros que por su importancia económica deberían estar exentos de ellas.

La inscripción en el Registro para nada incide en el nacimiento del empresario individual, sino que tan sólo le concede la posibilidad de valerse

de sus efectos, imponiendo, no obstante, la obligatoriedad bajo sanción de su inscripción. Aunque hasta la configuración del Registro de la empresa tal obligación queda en suspenso (art. 100.4 RD 30-III-1942). El pequeño empresario queda libre de la obligación y de la carga de la inscripción, pudiendo prevalecerse plenamente de su condición y de las situaciones de ella derivadas. La inscripción tiene en todo caso una naturaleza meramente declarativa.

b) Empresarios sociales: Problemas en torno a la personalidad jurídica y a las sociedades irregulares

Un tratamiento más conflictivo plantea el tratamiento del empresario social en relación con la función de la inscripción registral.

La relación sociedad-Registro Mercantil no hay que hacerla girar en torno a los problemas de existencia o no de las sociedades y de nulidad de lo por ellas realizado en base a la no existencia de personalidad jurídica hasta tanto no se inmatriculen en el Registro. La legislación italiana desborda esta concepción de «las sociedades irregulares» o no inscritas y va a plantear el problema (arts. 2.247 y sigs. CC) en unos términos diferentes. La inscripción (sus efectos y necesidad) no va a tener un tratamiento uniforme (tampoco en cuanto a la sanción de las no inscritas) tanto para las sociedades de tipo personalista como de tipo capitalista. Se aleja así de la anterior regulación del Código de Comercio de 1882, que daba un tratamiento al problema de la falta de inscripción (267), entendiendo la irregularidad de un modo amplísimo que abarcaba a todo tipo de incumplimiento de formas y formalidades y estableciendo como sanción la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad (art. 98), si bien ésta no podía ser opuesta a terceros (art. 99.III), a la vez que establecía una responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, promotores, administradores y de todos aquellos que operaron en nombre de ella (art. 98).

En el actual Código Civil la relevancia de la inscripción, y como consecuencia la falta de la misma, va a tener efectos diferentes según nos movamos en el campo de las sociedades personalistas o en el de las de capital.

Las sociedades personalistas, colectivas y comanditarias no permanecen ligadas a la inscripción como elemento esencial para su nacimiento o para su actuación en el tráfico. La Ley ni configura a la inscripción como constitutiva ni establece el procedimiento de la personalidad jurídica como

(267) SALANDRA, *Le società irregolare nel Diritto vigente*, Roma, 1935, págs. 84 y sigs.

instrumento técnico necesario para que las sociedades personalistas actúen en el tráfico. El Código Civil va a fijar los efectos publicitarios en sus justos límites, la defensa de los terceros, y para ello no va a acudir a extender la personalidad jurídica a toda sociedad como único procedimiento de actuación en el tráfico comercial. La inscripción para las sociedades personalistas cumple una función meramente declarativa y de instrumento desencadenante de los efectos publicitarios, si bien de carácter obligatorio (arts. 2.200 y 2.194 CC), de manera tal que para nada se mezcla en el proceso de constitución de las mismas. El **Codice Civile** italiano depura perfectamente, así como la doctrina, el término y función de la personalidad jurídica, de forma que admite la posibilidad de actuación en el tráfico mercantil de «tipos societarios» con una estructura corporativa análoga a «la comunidad de mano común» (268) cuyo contenido y finalidad traspasa (269) el mero campo de las cotitularidades reales y cuyo alcance viene en definitiva trazado por el derecho positivo concreto que puede llegar a configurarle como un patrimonio colectivo y autónomo cuyas diferencias de disciplina con la técnica de la personalidad jurídica —nuevo sujeto de derecho y patrimonio completamente separado de sus **otorgantes**— sean mínimas. Y para ello no ha sido necesario recurrir exageradamente a la personalidad jurídica extendiéndola a tipos que de otra manera podrían actuar en el tráfico (bajo distintas técnicas de más o menos amplitud según el ordenamiento positivo), con lo que se evitan los conflictos y problemas que plantea el utilizar sin matizaciones el instrumento de la personalidad jurídica en casos en los que ni se da una absoluta separación de patrimonios ni el sistema de gestión es meramente corporativo e independiente del cambio de sus miembros; todo lo cual hace que sólo en un valor mínimo pueda ser mantenido el concepto de «personalidad jurídica» cuando no se hacen matizaciones o que al realizarse éstas y hablar de «personas jurídicas perfectas» y «personas jurídicas imperfectas» nos encontremos con adjetivos —**imperfectas**— que vacían y desnaturalizan completamente el sustantivo del que depende —**personas jurídicas**—, ya que la separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, el sistema corporativo y la actuación a través de órganos son mínimos.

La existencia de la «sociedad simple» (arts. 2.251 y sigs. CC) que constituye el tipo mínimo que de sociedades puede darse en el tráfico (ya que ni siquiera esta separación mínima de patrimonios del art. 2.304 CC para las sociedades colectivas se da automáticamente, puesto que los socios han de indicar claramente cuáles son los bienes afectos a la sociedad para

(268) GIERKE, J. von, *Derecho comercial y de la navegación*, t. I, Buenos Aires, 1957, pág. 257.

(269) FERRARA, *ob. cit.*, págs. 53 y sigs.

poder responder ellos en segundo lugar (art. 2.268), hace que el legislador, para evitar la posible confusión de los tipos de manera que no pueda discernirse con claridad cuándo existe y cuándo no ese mínimo de separación patrimonial, haya establecido la necesidad de que cualquier separación patrimonial y de responsabilidad tuviera que constar como tal frente a terceros, que en caso contrario podrían acogerse a la regla general de comunicabilidad de los patrimonios de la sociedad simple.

La sociedad colectiva es el tipo mínimo societario para poder dedicarse a una actividad comercial (art. 2.249 CC), ya que es en él donde se produce una menor separación de patrimonios, responsabilidad y gestión entre el ente societario y los miembros que lo componen, los socios responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales (art. 2.291), la administración y representación puede competir a todos los socios (art. 2.298). Sin embargo, sigue manteniéndose una característica propia de un patrimonio colectivo y autónomo: los socios no responden hasta tanto en cuanto no se haya hecho exclusión del patrimonio social (art. 2.304 CC).

Ahora bien, para que sus socios puedan acogerse al beneficio de responder después del patrimonio social ha de estar registrada en el Registro de la empresa, haciendo pública frente a terceros esta mínima limitación, a la vez que en cierta manera también la inscripción de la sociedad hace patente frente a terceros ciertos elementos patrimoniales constitutivos de la «azienda». Si tal publicidad no consta, los terceros podrán considerarles incursos en la responsabilidad y separación de patrimonios que establece el tipo mínimo societario que es la sociedad simple (arts. 2.297 CC, que remite al 2.267 y 2.268 y excluye la aplicación del 2.304).

La sociedad comanditaria simple está sometida para los socios colectivos a las mismas vicisitudes que las señaladas para los socios de las sociedades colectivas en caso de falta de inscripción de la misma, es decir, se les debe aplicar el artículo 2.297 del Código Civil antes señalado. No parece justo, sin embargo, que los socios comanditarios que hicieron su aportación con la idea de una responsabilidad limitada a la misma y que al verse alejados de la administración de la sociedad (art. 2.320), difícilmente pueden intervenir en la creación de apariencias que puedan confundir a terceros y en la culpabilidad de la no inscripción en el Registro de la empresa respondan también solidariamente y en el mismo grado que la sociedad no registrada. Es por ello que el artículo 2.317 del Código Civil les excluye, a no ser que como excepción a la regla general hayan participado de alguna manera en las operaciones sociales, siendo responsable entonces de las situaciones de apariencia que creó.

En definitiva, la inscripción de estas sociedades se requiere a efectos de la aplicación íntegra de su tipo y el tema de las sociedades irregulares de carácter personalista se soluciona en el Derecho italiano dentro de sus justos

límites registrales: La inaplicación de determinados aspectos estructurales del tipo elegido pero no inscrito. Las limitaciones de responsabilidad que disminuyan de alguna manera la responsabilidad del tipo mínimo societario «sociedad simple» necesitan figurar inscritas en el Registro de la empresa. Esto ni desvirtúa el carácter declarativo de la inscripción ni necesita recurrir a la técnica de la personalidad jurídica y de la nulidad de lo actuado por las sociedades no inscritas (270).

Si bien parece claro la admisibilidad por el ordenamiento de la existencia de «sociedades personales irregulares», es decir, de sociedades personalistas no inscritas y que actúan en el tráfico, mucho más problemático es la admisibilidad de sociedades capitalistas irregulares. En este punto, ni la legislación es clara ni la doctrina, como consecuencia, se pone de acuerdo (271).

El tema viene planteado por el carácter constitutivo que para las sociedades de capital el *Codice Civile* italiano concede a la inscripción en el Registro de la empresa. La inscripción no es solamente vehículo de inmatriculación de la sociedad para que pueda valerse de los efectos de la publicidad, sino que también parece que se constituye en el elemento necesario para la configuración de la sociedad de capital misma. «Con la inscripción en el Registro la sociedad adquiere la personalidad jurídica», afirma el artículo 2.331 CC para las sociedades anónimas.

¿Qué sucede si no se inscribe? ¿Existe la sociedad de capital, no existe nada, existe otro tipo societario en su lugar? ¿El sistema de responsabilidad limitada a las aportaciones y la separación matrimonial se mantiene?

Los autores sostienen la posibilidad de que existan sociedades irregulares de tipo capitalista (272); mantienen sus tesis en base a las siguientes argumentaciones que a continuación se sintetizan:

- Como argumentos de tipo legal hay que sostener la viabilidad en base a que el artículo 2.331 habla de que la sociedad anónima adquiere la personalidad jurídica por la inscripción, luego pone de manifiesto que antes de la misma ya existía. El mismo artículo habla de las operaciones realizadas en nombre de la sociedad antes de la inscripción, lo cual viene a reafirmar la razón antes sostenida de la preexistencia del tipo societario antes de la inscripción.

(270) MENGONI, *La disciplina giuridica delle società personali irregolari non registrata nel Codice attuale*, Arch *Giuri*, 1945, págs. 82 y sigs.

(271) MESSINEO, «Sulla pubblicità e irregolarità delle società commerciali», *Riv. D. Fall.*, 1942, I, págs. 5 y sigs.; GENOVESE, «Le forme integrative e le società commerciali irregolari», *RTDPC*, 1948, págs. 119 y sigs.; BRUNETTI, «Le società commerciali irregolari», en *Studi per Eula*, I, 1957, págs. 185 y sigs.; SALANDRA, «Le società irregolari nella nuova codificazione», *Riv. D. Fall.*, 1942, I, págs. 151 y sigs.

(272) GHIDINI, // *Registro delle Imprese*, Milán, 1943, págs. 78 y sigs.; PUGLIATTI, *ob. cit.*, págs. 197 y sigs.

- Como argumentos de tipo lógico se afirma:
Que es difícil comprender la razón por la cual se ha variado la construcción del anterior Código de Comercio que admitía frente a terceros la existencia de sociedades anónimas no registradas.
Que no es posible mantener tajantemente separados los efectos meramente obligacionales del contrato de sociedad de capital, sino que el contrato origina efectos que afectan al ámbito externo, ya que origina una **indisponibilidad** de las aportaciones sociales que pueden ser reclamadas y deben ser restituidas a los socios si al cabo de un año no ha sido efectuada la inscripción (art. 2.329).
Que la existencia de una responsabilidad de los que han obrado en nombre de la sociedad en lugar de una responsabilidad con el patrimonio social puede llevar a claras injusticias frente a los terceros que han confiado en un patrimonio social que normalmente sería mayor que el de los que han actuado en representación social.

En sentido contrario, de inadmisibilidad de sociedades irregulares capitalistas, se manifiesta un número ostensible de autores italianos (273) que sostienen sus afirmaciones en base a los siguientes criterios que de forma sintetizada se exponen:

- Como argumentos de tipo legal afirman que el reconocimiento por la Ley de Sociedades Irregulares Personalistas (arts. 2.297 y 2.317) y el silencio sobre la disciplina de sociedades irregulares capitalistas pone bien a las claras el deseo del Código Civil. Ahora bien, la existencia de un ente anterior al otorgamiento de la personalidad jurídica no lleva consigo la necesidad de admitir que tal grupo sea reconocido con una capacidad de obrar semejante al tipo de la sociedad no inscrita.
- Como argumento lógico se mantiene que lo que la Ley ha querido es que las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios a su aportación mediante la separación tajante de sus patrimonios y del patrimonio social aparezcan públicamente frente a terceros como tal, y el instrumento publicitario legal es el Registro de la empresa; y esto no se juzga necesario cuando tal separación patrimonial no se da.

El Código Civil ha establecido por imperativo legal la necesidad de la inscripción constitutiva para aquellos tipos sociales que han de actuar con

(273) GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 92; PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 338 y sigs.; CORRADO, R., *ob. cit.*, págs. 263 y sigs.; GALGANO, F., *La società azironi. Le oltre società di capitali. Le cooperative*, Bolonia, 1979, págs. 48 y sigs.

plena separación de patrimonios y con independencia del carácter personal de sus socios; en definitiva, bajo personalidad jurídica. La Ley ha estimado necesario como garantía frente a terceros que el medio idóneo es el de publicidad legal, de manera tal que sin ella no se produciría. Pero una cosa es que no se admita el tipo societario capitalista y su sistema de responsabilidad y otra cosa es afirmar que si no existe inscripción no existe ningún tipo societario y por tanto sólo han de responder en lugar de éste y de sus miembros los que hubieran actuado frente a terceros (274).

Difícilmente podría comprenderse, como afirma PUGLIATTI (275), que «en el ámbito del mismo sistema el mismo instrumento sea a veces idóneo y a veces inidóneo para producir el mismo resultado», es decir, «como un contrato destinado a dar vida a un ente que deberá manifestarse al exterior da en otra hipótesis como resultado una relación meramente interna». Y no sólo en el plano técnico-jurídico es incongruente, sino que tampoco es defendible en el plano de la lógica la solución que pretendiendo la carencia de personalidad jurídica de la sociedad y la imposibilidad de que tenga un patrimonio autónomo sustituye la responsabilidad de ella por la que aquellos que obraron en su nombre, con la posibilidad de que esta medida más que favorecer a los terceros pueda perjudicarles desde el momento en que el patrimonio de los responsables sea menor que el de la sociedad.

La falta de publicidad de las sociedades de capital supone, sin duda, el que éstas no pueden nacer como tipos dotados de personalidad jurídica desde el momento que la inscripción tiene carácter constitutivo; pero esto no quiere decir que no exista ningún tipo societario. El acuerdo societario no inscrito reúne las condiciones mínimas de sociabilidad para constituir el tipo más genérico de sociedades comerciales que es la sociedad colectiva. El acuerdo de voluntad, fin común y mínimo organizativo, son los elementos requeridos para la sociedad colectiva, sin que la inscripción sea requisito para el nacimiento de la misma. Y esto sí se da. La construcción que se obtendría sería, pues, la de una sociedad colectiva pero sometida a las normas de responsabilidad de la simple por las consideraciones hechas en páginas anteriores.

Queda, sin embargo, por aclarar un problema que justamente plantea PUGLIATTI (276): ¿Cómo es posible que los socios de una sociedad de capital, que han querido arriesgar sólo limitadamente, puedan verse obligados a responder ilimitadamente en base a decir que una sociedad de capital no inscrita debe asumir el tipo de una sociedad colectiva con responsabilidad limitada?

(274) GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 234 y sigs.

(275) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 198 y sigs.

(276) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 201 y sigs.

La respuesta se mueve en un doble plano: Por un lado, el derecho positivo no ha querido que la simple voluntad de los socios sea suficiente para poder limitar su responsabilidad a lo aportado al patrimonio social, imponiendo por ello en garantía de los terceros un mecanismo publicitario que en caso de limitación de responsabilidad exprese los límites de esa responsabilidad, a la vez que la existencia de una calificación que garantice la confianza de los terceros en el cumplimiento de los requisitos necesarios con respecto a las aportaciones para hacer frente con cierta garantía a las responsabilidades societarias si a ellas hubiere lugar. Por otro lado, es también criterio de justicia que si la inscripción no ha tenido lugar y se efectúa la subsunción en los términos antes señalados no deban de responder ilimitadamente todos los socios de la sociedad que, queriendo ser anónima, no pudo serlo por falta de inscripción. Y no es justo porque en la creación de esa situación es probable que muchos de los socios ni fueran conscientes ni la hubieran querido, de manera tal que sólo responderán de una manera ilimitada aquellos socios que o bien fueron conscientes de la situación de irregularidad o que actuaron en nombre de ella, mientras que aquellos que no contribuyeron a crear la situación de apariencia sólo deben de responder limitadamente hasta la cuantía de su aportación. (En este sentido, *vid.* art. 2.331.2.º CC, en relación con los arts. 2.338.3.º y 2.341).

Un problema completamente diferente es el de la responsabilidad por lo actuado por una sociedad que es declarada nula después de su inscripción registral. La seguridad del tráfico ha llevado a una restricción de las posibles causas de nulidad, con unas consecuencias similares a las de un efecto sanatorio limitado, a la vez que al mantenimiento de la eficacia de todos los actos realizados en nombre de la sociedad, con un efecto bastante similar al que se produciría de la admisión del principio de fe pública registral (art. 2.332, con nueva redacción como consecuencia del Decreto de 29 de diciembre de 1969 para adaptación a la 1.ª Directiva Comunitaria, núm. 151, de 9 de marzo de 1968).

II. FORMULACIÓN LEGAL Y APORTACIONES DE LA DOCTRINA
PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DIFERENTES EFECTOS DE LA PUBLICIDAD
MATERIAL

El Código Civil italiano al regular los efectos publicitarios del Registro de la empresa en el artículo 2.193, bajo el epígrafe «Efficacia dell'iscrizione», ofrece, en líneas generales, la siguiente panorámica:

Incorre en una cierta imprecisión al hablar de «eficacia de la inscripción», ya que lo que a continuación va a regular son los efectos publicita-

rios, que, como reiteradamente se ha expuesto, es algo diferente. La inscripción es el mecanismo requerido para que las situaciones inscribibles puedan ingresar en el Registro, y de ahí derivan los efectos publicitarios. La inscripción o es simple vía de ingreso en el Registro —inscripción declarativa— o bien es elemento necesario para el nacimiento de una determinada situación —inscripción declarativa—, pero los posibles efectos publicitarios afectan en principio por igual tanto a unas, las declarativas, como a otras, las constitutivas. Esta confusión en la terminología legal ha llevado, a veces, a que como consecuencia del apego a la letra de la Ley algunas veces no se hayan deslindado claramente ambos campos, el de la inscripción y el de la publicidad, con el consiguiente confusionismo (277).

La eficacia publicitaria registral que el Código Civil regula en su artículo 2.193 (278) viene centrada fundamentalmente en torno al efecto clásico publicitario que concibe a la publicidad como un requisito de eficacia para que las situaciones registrables puedan hacerse valer frente a terceros. La doctrina (279) ha pretendido a su vez, no sin dificultades, deducir otros efectos publicitarios (principalmente legitimatorios y de fe pública), ya de la interpretación de la misma letra de la Ley, ya del juego de la apariencia y de la publicidad en general. Nos encontramos, en definitiva, ante una regulación escasa de la publicidad registral que la doctrina de alguna forma pretende ampliar.

Pero es que en la regulación del artículo 2.193 del Código Civil no viene tampoco claramente expuesto el efecto publicitario de la llamada por algunos autores italianos «publicidad declarativa» (280); es decir, de la posibilidad de oponer o no las situaciones inscribibles según estén o no inscritas. La regulación es deficiente no sólo porque sus efectos, inoponibilidad y oponibilidad, no tienen en su desarrollo una perfección técnica que otras legislaciones han alcanzado, sino porque parece caer en un error básico, consistente en la creencia de que oponibilidad de las situaciones inscritas es lo mismo que presumir que el tercero conoce la situación por el mero hecho de la inscripción. Oponibilidad y presunción de conocimiento son campos diferentes, como en su momento se verá, aunque ocasionalmente se encuentren. Así pues, el susodicho artículo 2.193 del Código Civil regula en primer lugar el

(277) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 101 y sigs.

(278) Artículo 2.193 del Código Civil: «Los hechos para los que la Ley señala la inscripción no pueden ser opuestos a los terceros por aquellos que estaban obligados a solicitarla si no hubiesen sido inscritos, a no ser que éstos prueben que los terceros los conocían. La ignorancia de los hechos para los que la Ley preceptúa la inscripción no puede ser opuesta por los terceros a partir del momento en que se realizó la inscripción. Quedan a salvo las disposiciones particulares de las leyes».

(279) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 243 y sigs.

(280) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 107 y sigs., y 125 y sigs.

efecto negativo de la publicidad material, la **inoponibilidad** de lo no inscrito, y a continuación el efecto notificativo, presunción de conocimiento por los terceros de la situación inscrita, sin recoger propiamente el efecto positivo que señala que lo inscrito es oponible. De manera tal que el artículo 2.193 ha ido mucho más lejos de donde una construcción tradicional de la inoponibilidad y oponibilidad llega, o por el contrario equipara, confundiendo el efecto de la oponibilidad y el notificativo.

Por último, queda señalar la situación de transitoriedad en la que se encuentra la institución del Registro de la empresa, de manera tal que el Registro de la empresa no rige como tal que hasta la publicación del Decreto que señala el artículo 99 de «Las disposiciones para la actuación del Código Civil». Esta falta de vigencia de la institución registral hace que sigan todavía en vigor las instituciones publicitarias y las materias objeto de las mismas anteriores a la publicación del Código Civil (art. 100 de las disposiciones para la actuación del CC), de forma tal que podría cuestionarse el valor actual de los efectos publicitarios. La mención del artículo 100, «Disp. para la act.», que señala en su párrafo segundo que «los efectos de la inscripción» se regirán por las disposiciones del Código Civil, no debe interpretarse sin embargo en un sentido meramente literal de efecto declarativo o constitutivo (281), sino que, de acuerdo con lo antes señalado (282), hay que tener presente la confusión terminológica en la que el Código Civil cae cuando al hablar de eficacia de la inscripción lo que quiere decir es eficacia de la publicidad. Y en este sentido hay que proceder, sosteniendo así el valor actual de los efectos publicitarios recogidos en el Código Civil (art. 2.193), si bien sólo de una manera restringida para aquellas situaciones que el artículo 100 señala como inscribibles según los procedimientos anteriores al Registro de la empresa, ya que, en líneas generales, hasta la publicación del mencionado Decreto que señale la entrada en vigor del Registro de la empresa no están obligados a inscribirse los empresarios individuales (art. 100 disp. de act.).

En definitiva, nos encontramos ante una situación publicitaria escasa, confusa y de limitada eficacia. Todo lo cual constituye un problema de mayor envergadura todavía si se tiene presente que el actual Código Civil intenta una regulación de las relaciones jurídico-comerciales en torno a la institución de la empresa, configurando el Registro de la misma como eje central en el sistema de confianzas y de responsabilidades frente a terceros. Se hace así necesario el proceder a un examen detallado de los efectos publicitarios, señalando un camino de perfección y desarrollo de los mismos.

(281) ASCARELLO, T., *ob. cit.*, pág. 181.

(282) Ver pág. 286.

A) *La inoponibilidad de lo no inscrito y oponibilidad de lo inscrito según el artículo 2.193 del Código Civil italiano*

El precepto del Código Civil dedicado a regular la eficacia de la publicidad con respecto a las sanciones inscritas en el Registro de la empresa es el 2.193:

«Los hechos para los que la Ley señala la inscripción no pueden ser opuestos a los terceros por aquellos que estaban obligados a solicitarla si no hubiesen sido inscritos, a no ser que éstos prueben que los terceros los conocían.

La ignorancia de los hechos para los que la Ley preceptúa la inscripción no puede ser opuesta por los terceros a partir del momento en que se realizó la inscripción.

Quedan a salvo las disposiciones particulares de las leyes».

El primer párrafo de este artículo viene a contener el efecto que tradicionalmente han recogido las legislaciones mercantiles en orden a la publicidad: «La inoponibilidad de lo no inscrito» o eficacia negativa de la publicidad.

a) Inoponibilidad: requisitos

En definitiva, el artículo 2.193.1.º ofrece una construcción clásica del efecto tradicional de la «inoponibilidad de lo no inscrito», tal y como se nos aparece en la mayoría de las legislaciones europeas. Y así lo expone la gran totalidad de la doctrina italiana (283):

La construcción básica del efecto de inoponibilidad dada por el precepto 2.193 del Código Civil se construye sobre:

1. La publicidad registral es un requisito de eficacia para que las situaciones jurídicas surjan pleno efecto frente a terceros, de manera que lo no inscrito sólo es eficaz entre las partes.

2. La inoponibilidad de lo no inscrito está condicionada al hecho de que los terceros no conociesen la situación no inscrita. Resulta lógico de entender la inoponibilidad como consecuencia de la cognoscibilidad a que tiende el Registro, pero que al ser efectuada por otros medios deja de tener razón de ser.

Es el planteamiento clásico de la inoponibilidad. Pero sin embargo necesita ser examinado para poner de relieve las posibles deficiencias o

(283) LA LUMINA, *ob. cit.*, pág. 181; GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 25; AFFERNI, V., *Tratatto...*, *ob. cit.*, pág. 200.

insuficiencias que la mencionada regulación pudiera tener, máxime cuando todavía es necesario un Decreto que actualice y desarrolle el Registro de la empresa (art. 99 disp. att.).

La inoponibilidad de lo no inscrito requiere lógicamente la existencia de unos requisitos para que puedan ser utilizados por los terceros, pero, sin embargo, ni la legislación ni tampoco la doctrina italiana los han recogido:

La necesidad de que el tercero haya confiado en el Registro (tanto si hay algo inscrito como si no lo hay) tomándolo en consideración para su actuación y la necesidad de un nexo de unión entre el comportamiento del tercero, la situación no inscrita y las consecuencias producidas.

No especifica tampoco el artículo 2.193 del Código Civil, como en otras legislaciones sucede, si la inoponibilidad actúa sólo en el terreno comercial o, por el contrario, es aplicable en todo el ámbito jurídico. Y aunque la doctrina viene considerando de manera unánime la afirmación de un efecto limitado al terreno comercial, y a primera vista parece lógico que así sea en cuanto que el Registro de la empresa va destinado a los comerciantes y a los que con él se relacionan, se hace necesario poner de manifiesto, por un lado, las grandes dificultades existentes muchas veces para separar lo jurídico comercial de lo que no lo es, y por otra parte, no olvidar que la publicidad registral comercial se encuentra englobada dentro del conjunto de la publicidad registral que tiende a dar seguridad al tráfico jurídico-patrimonial en su conjunto. Consideración ésta que hay que tener muy en cuenta en el Registro de la empresa italiana si se quiere arbitrar un verdadero Registro de la empresa y no el tradicional Registro de personas físicas o jurídicas comerciantes. En este sentido, quizás el silencio de la Ley sea acertado en cuanto no delimita de una manera tajante y apriorística el campo de aplicación del efecto de inoponibilidad, quedando su posterior aplicación tanto en manos de las autoridades judiciales como en el futuro desarrollo legal del instituto.

Queda, por último, señalar el alcance que la buena fe del tercero recibe a efectos de que su desconocimiento de la situación real pueda o no ser argüido conjuntamente con la falta de inscripción frente a quien debió de inscribirla. En resumen, ¿si hay manera de que aquel que no inscribió pueda oponer a los terceros las situaciones no inscritas? Frente al tratamiento general que el artículo 1.147 del Código Civil hace de la buena fe, haciéndola inaplicable cuando la ignorancia es debida a culpa grave, el artículo 2.193 del Código Civil no hace ninguna precisión en cuanto a la clase de ignorancia que debe concurrir con la falta de inscripción. Silencio que parece adecuado en cuanto que una precisión en el sentido del artículo 1.147 del Código Civil podría empañar la rapidez y seguridad del tráfico con pruebas y demostraciones de carácter confuso y excesivamente dilatorio. Por lo que parece lógico que se imponga un máximo rigor a aquellos que no inscribieron, facultándose tan sólo a destruir la presunción de la buena fe, entendida como desco-

nocimiento de la situación y, por tanto, a poder oponer las situaciones no inscritas cuando demuestren claramente que el tercero las conocía, pero no cuando quieran argüir que las desconocía por culpa suya, incluso grave. La buena fe pasa a jugar en el campo registral de una manera absoluta en aras de la rapidez y seguridad del tráfico jurídico.

Con estas precisiones en torno al efecto de la inoponibilidad queda examinado el aspecto negativo de la publicidad material, debiendo procederse ahora en el orden lógico al desarrollo del aspecto positivo o de oponibilidad de las situaciones inscritas.

b) Eficacia notificativa y oponibilidad de lo inscrito

No ofrece el Código Civil italiano una clara enunciación del efecto positivo u oponibilidad de lo inscrito (284), sino que de una manera confusa viene a expresarlo indirectamente a través de la redacción del artículo 2.193 del Código Civil.

Esta situación de confusión ha ocasionado el que la gran mayoría de la doctrina italiana haya venido equiparando el párrafo segundo del artículo 2.193 del Código Civil con el aspecto positivo. De manera tal que el párrafo primero ofrecería «la inoponibilidad», mientras que el segundo ofrecería «la oponibilidad». Pero en lugar de hacerlo de una manera directa (las situaciones inscritas son oponibles a terceros) expresaría la justificación dogmática (son oponibles, ya que los terceros no pueden oponer la ignorancia de los mismos). Se concibe, en líneas generales, la siguiente construcción: Lo inscrito es oponible a terceros en base a que se presume *iuris et de iure* el conocimiento que de las situaciones inscritas tienen los terceros, cuya consecuencia lógica es que éstos no puedan oponer la ignorancia de lo que en el Registro figura inscrito. Se instrumenta el efecto notificativo de la publicidad como la causa inherente del efecto positivo o de oponibilidad, que se supone a pesar del silencio del precepto.

Nada más lejos de la realidad que identificar ambos efectos, ya que existen razones de tipo dogmático y de derecho positivo que claramente los diferencian. Razones que, en sus líneas generales, son las siguientes (285):

1.^a Que la inscripción sea necesaria para ser oponible a los terceros no significa el que éstos tengan que conocerla. Una cosa es la oponibilidad que se mueve en el plano de la eficacia de la publicidad y otra es la posibilidad de colocar a los terceros en mala fe que se movería en el campo del conocimiento.

2.^a Los efectos positivos derivan de la inscripción con completa inde-

(284) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, pág. 200.

(285) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 111 y sigs., y 129 y sigs.

pendencia del conocimiento de los terceros, de manera tal que el conocimiento no es causa de la **oponibilidad**, sino que ambos en última instancia dependen de la extensión con que el Derecho positivo les haya recogido.

3.^a Expresamente dice el Código Civil en el artículo 2.193 que «los terceros no pueden oponer la ignorancia de las situaciones inscritas» y no que «se puedan oponer a los terceros las situaciones inscritas, lo que exclusivamente se desprende del párrafo primero interpretado *a sensu contrario*.

Está claro que no pueden identificarse oponibilidad y efecto notificativo y que cada uno corresponde a planos diferentes. Pero no está tan claro que el Código Civil italiano haya querido ir tan lejos a donde la interpretación literal del párrafo segundo del artículo 2.193 puede llevar si de él se deduce el efecto notificativo de la publicidad. No es improbable que los redactores del Código Civil hayan caído en el mismo error que muchos de sus intérpretes y al redactar el artículo 2.193 del Código Civil, en su párrafo segundo, hayan querido expresar la justificación —equivocada— del efecto positivo de **inoponibilidad** que sólo se desprende del párrafo primero en sentido contrario. El error de unificar oponibilidad y efecto notificativo puede ser tanto del legislador como de sus intérpretes, si bien la letra de la Ley ofrece indirectamente un efecto notificativo del que no se puede prescindir sin más.

Avala la razón de una posible confusión del redactor del Código Civil el que en ningún momento el otro pilar de la publicidad registral —el **inmobiliario**— haga aparecer el efecto notificativo de la publicidad. El Registro inmobiliario construye sus efectos en torno a la inoponibilidad de lo no inscrito dirigido a solucionar fundamentalmente el problema de la doble venta (arts. 2.643 y 2.644), sin que haga referencia a los demás efectos publicitarios y, naturalmente, tampoco al efecto notificativo. Y es raro que en el Código Civil no se haya intentado dar una construcción unitaria de la publicidad registral en orden a los efectos, sino que, por el contrario, se construyan Registros publicitarios que en un mismo texto legal desarrollan efectos diferentes.

Pero es que, además, el artículo 2.193 del Código Civil en su encabezamiento habla de «eficacia», no de «efectos» o «eficacia», tratamiento en singular que se corresponde además con la regulación, técnicamente confusa, en un solo precepto de lo que pueden parecer diferentes situaciones y efectos jurídicos.

Nos encontramos así, probablemente trascendiendo la intención del legislador, con un nuevo efecto notificativo que al igual que el de oponibilidad, que habría de deducirse en sentido contrario del párrafo primero, se presenta de manera insuficiente.

Fundamentalmente son dos los puntos en torno a la oponibilidad en los que la Ley presenta lagunas: ¿Desde qué momento comienza la oponibilidad

y, en su caso, la imposibilidad de que los terceros aleguen ignorancia? ¿Y qué posibilidades pueden asistir a los terceros para obviar la oponibilidad de las situaciones inscritas o para poder alegar la ignorancia de las mismas?

No señala el Código Civil (art. 2.193) otro momento para poder oponer las situaciones a terceros y para que éstos no puedan alegar ignorancia de la situación inscrita que el de la inscripción en el Registro de la empresa, pero sin hacer mención para nada de otros medios complementarios de publicación, como anuncios, periódicos oficiales, etc.

La adaptación de las sociedades de capital a la Directiva de la CE de 9 de marzo de 1968 se efectuó mediante un Decreto de 29 de diciembre de 1969 que modificando determinados artículos del Código Civil (art. 2.457) alteró el régimen general de la oponibilidad a terceros (art. 2.193) de las situaciones inscribibles a ellas referidas al condicionarla a la complementaria publicación de las mismas en el *Boletín Oficial* creado a estos efectos mediante la Ley de 12 de abril de 1973, salvo que la sociedad demuestre que los terceros las conocían e, incluso, al transcurso de un plazo de quince días para aquellos terceros que probaran la imposibilidad de haber podido conocerlas (art. 2.457.3.º) (286).

Se crea así una duplicidad no justificada del régimen de «oponibilidad-inoponibilidad», según se trate de situaciones que afecten a las sociedades de capital o no, que sería conveniente subsanar (287).

Si bien la inscripción registral, y en su caso la correspondiente publicación en el Boletín, es considerada como técnica suficiente para poder oponer las situaciones a terceros, existen algunos supuestos con respecto a los cuales el legislador se aleja de esta técnica de amparo del tráfico considerándola insuficiente para la protección de los terceros. Se trata de supuestos en los que se produce una actuación de los representantes de las sociedades que va más allá de los límites del poder inscrito o que incluso traspasan el objeto social (arts. 2.384 y 2.384 bis CC), ya que en estos casos la representación es vinculante salvo prueba de una actuación dolosa de terceros o de un conocimiento suficiente del objeto social respectivamente. La necesidad de una mayor rigurosidad en la diligencia del empresario, o incluso del establecimiento de una responsabilidad cercana a la objetiva parecen haber desplazado a la técnica de la publicidad registral en estos casos en función de una mayor protección de los terceros y de la seguridad del tráfico (288).

El régimen de los efectos negativos y positivos del Registro de la

(286) DI FABIO, M., *Principali sistemi di pubblicità in Europa e prospettive di armonizzazione. Registro delle Imprese*, Milán, 1979, págs. 113 y sigs.

(287) LANZA, A., «E possibile prevenire le crisi di regetto delle direttive comunitaire per materia de società?», *Riv. Soc.*, septiembre-diciembre 1971, págs. 994 y sigs.; BOCCHINI, E., *ob. cit.*, págs. 17 y sigs.

(288) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, págs. 207 y sigs.

empresa encuentra su complemento en el párrafo tercero del artículo 2.193 del Código Civil, que salva los efectos que además pueden derivarse de la inscripción o de su falta según las «disposiciones particulares de la Ley».

c) Posibilidad de deducir otros efectos del artículo 2.193 del Código Civil

Ante la carencia de otros efectos publicitarios expresamente mencionados por la legislación, algunos autores (289) han pretendido deducirles el primer párrafo del artículo 2.193 del Código Civil en donde se regula el efecto negativo de la publicidad. Se parte para ello de que el efecto negativo de la inoponibilidad no tiene otra finalidad que la protección de aquellos terceros que confiaron en las situaciones inscritas, de forma que las modificaciones no inscritas que dicha situación sufre no les serían oponibles salvo que las conociesen. De manera tal que el alcance del efecto de inoponibilidad sólo tiene aplicación en los casos en que hubiere una situación anteriormente inscrita y no en caso contrario. Como apoyo de esta tesis se ha sostenido: a) Que el título del artículo 2.193 del Código Civil figura bajo «*efficacia dell'iscrizione*», lo cual significa que la inscripción se presupone; b) Si no hay nada inscrito, el empresario puede oponer tranquilamente la situación real, puesto que no existe ningún contraste con otra en la que el tercero hubiere confiado; c) De lo dicho se deduciría la primacía de la realidad inscrita sobre la no inscrita en base a una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad de la situación inscrita, de la que se puede deducir el efecto publicitario de «la legitimación registral» (290).

Tales argumentos son de por sí rechazables por ser dogmáticamente erróneos. La primera aseveración, en cuanto a la fuerza que a la mera redacción «*efficacia dell'iscrizione*» se le quiere atribuir, queda sobradamente descartada con las consideraciones que en páginas anteriores se hicieron sobre el tema y donde se ponía de relieve que al decir eficacia de la inscripción se quería decir eficacia de la publicidad. Pero es que junto a esta confusión entre eficacia de la inscripción y eficacia de la publicidad existen, como afirma PAVONE (291), artículos en el Código Civil que mantienen la posibilidad de inscribir modificaciones de situaciones que son inscribibles y que no figuran en el Registro; así el artículo 2.207.1.º, que regula la posibilidad de inscribir las limitaciones o cancelaciones de poderes aunque éstos no se hayan inscrito.

La segunda aseveración que intenta hacer jugar el efecto de «inoponibilidad» únicamente en los casos en que existe «una realidad inscrita» y «otra

(289) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

(290) GHIDINI, M., *ob. cit.*, pág. 54.

(291) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 142.

realidad no inscrita» que la modifica, de manera tal que prevalezca la primera en base a una confianza derivada de presumir que la inscripción tiene una eficacia de «legitimación», cae en un doble error que perjudica a los terceros.

Se olvida, en primer lugar, la función fundamental de la publicidad registral, que tiende a hacer cognoscibles frente a terceros de la manera más exacta posible determinadas situaciones productoras de consecuencias jurídicas y que en el ámbito mercantil son fundamentalmente situaciones que afectan a los campos de la responsabilidad y de la representación. Si sólo se contempla el caso de confrontación entre la realidad tabular y la no inscrita, se olvida proteger a los terceros en todas aquellas situaciones en las que al no haber una situación registral en la que puedan ampararse se verían obligados a tener que someterse a situaciones que ellos desconocen al no ser aparentes y que, sin embargo, por ser conformes con la realidad le podrían ser opuestas (292). Y esto, obviamente, tiende a evitarlo el Registro al procurar el conocimiento de todas las situaciones productoras de consecuencias jurídicas, de manera tal que aquellas situaciones no conocidas por los terceros y no inscritas no puedan en ningún modo serles opuestas ni siquiera aunque fueran conformes con la realidad. Pero es que, en segundo lugar, no se puede confundir la inoponibilidad y la legitimación poniéndolas en un mismo plano. Una cosa es decir que lo no inscrito no puede oponerse a terceros y otra muy diferente el afirmar que no puede oponerse por estimar que lo inscrito es exacto. La discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral no quiere decir, ni mucho menos, que lo que el tercero contempla sea tenido por real y exacto. Ello dependerá en última instancia de la regulación positiva que de los efectos publicitarios haga el ordenamiento concreto de que se trate. El establecer una presunción de exactitud y veracidad de una manera general, sin deslindar claramente los campos de la legitimación y de la fe pública y el respectivo juego de las presunciones, podría llevar a posibilitar el que el titular de la inscripción pudiera oponer a los terceros situaciones inscritas y no reales, todo lo cual podría redundar en contra de la protección del tercero, que es lo que se pretende. Se caería en el error de poder construir el efecto de legitimación en base a la apariencia registral (293).

El precepto regulador de la publicidad material (art. 2.193) no posibilita de una manera clara deducir la existencia de otros efectos que los ya indicados. Sin embargo, la doctrina ha pretendido ampliar el ámbito de los mismos mucho más allá de donde la letra de la Ley parece dar a entender, y no siempre lo ha hecho de una manera afortunada.

En algún caso no ha sabido la doctrina proceder acertadamente a distinguir en el plano de los conceptos entre eficacia defensiva de la publicidad

(292) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

(293) LA LUMIA, *ob. cit.*, pág. 181; GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 25.

registral, dirigida fundamentalmente a la protección de los titulares de las situaciones inscritas otorgando a su favor una presunción de exactitud y de veracidad de las mismas, y entre la eficacia ofensiva de la publicidad registral dirigida a proteger la confianza que sobre la apariencia registral depositó el tercero.

Sólo aquellos autores que de una manera clara han estudiado la construcción publicitaria germana y han sido influenciados por ella han llegado a atisbar el problema y a colocar las cosas en su justo lugar (294), conduciendo las presunciones de exactitud, veracidad y legalidad al campo de la prueba y del efecto de legitimación y colocando al efecto de fe pública en los límites de su función protectora de los terceros que confiaron en la situación registrada que después adolecía de vicios legales de exactitud o de veracidad. Se deslinda así la oponibilidad de lo inserto y la subsiguiente inoponibilidad de lo no inscrito como una técnica dirigida a dar seguridad al tráfico protegiendo a aquellos terceros que confiaron en la situación que el Registro manifestaba.

B) *Construcción doctrinal del efecto de legitimación (presunciones de exactitud y legalidad). La calificación como base de las presunciones*

Un sector de la doctrina ha intentado configurar de una manera limitada la presunción de exactitud y de legalidad, y afirma que lo inscrito se presume exacto para terceros en base al alcance y profundidad de la calificación, de todo lo cual se deduciría además la existencia de la fe pública registral (295) que ampararía los derechos adquiridos por terceros de buena fe en base a una situación registral que posteriormente fue declarada nula.

Es inadecuado el afirmar que lo inscrito en base a su calificación se presume exacto y legal, pero sólo para terceros. Si es exacto lo es objetivamente, y por lo tanto también para el titular de las situaciones inscritas.

Por otro lado, la «fe pública» no es deducible de la calificación y su amplitud, sino del juego de la apariencia dentro del instituto registral. Mientras que la legitimación va a poner de relieve lo que es normalmente el resultado registral obtenido a través de un proceso calificadorio, es decir, va a afirmar que lo inscrito es con gran probabilidad legal y exacto, la fe pública viene a introducir a favor de terceros el mecanismo de la apariencia para protegerles de situaciones inexactas pero registralmente publicadas. La legitimación acompaña a la calificación, mientras que la fe pública es resultado de la apariencia.

Una excesiva preocupación por la defensa de los terceros ha llevado a olvidar el principio genérico de que lo inscrito favorece también a los titulares de las situaciones inscritas conjuntamente con los terceros.

(294) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 78 y sigs., y 167 y sigs.

(295) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 54 y sigs.

Se ha llegado a deformar el efecto de legitimación, olvidando y relegando lo que constituye su fundamento: la defensa de las titularidades y situaciones registradas, porque en virtud del proceso calificadorio ellas son tendencialmente exactas, a no ser que se demuestre lo contrario. Lo que sucede es que estas presunciones de exactitud y legalidad a favor del titular de las situaciones inscritas se permiten también que jueguen en su contra, pudiendo en este caso favorecer al tercero que se quiera valer de ellas, salvo que el titular demuestre su no veracidad o su inexactitud.

Este genuino concepto de legitimación interesa además mantenerlo en el Registro de la empresa con mucha más razón si de verdad se quiere lograr un instituto publicitario tanto de los elementos subjetivos como objetivos.

El Registro de la empresa, como en su lugar se vio, es realmente un Registro de empresarios cualificados por su actividad y no un Registro de titularidades. Si determinados elementos objetivos de la empresa constituyentes de la «azienda» figuran en el Registro, no es como posible objeto de titularidades de naturaleza fundamentalmente real, sino como elementos identificadores del titular de la actividad empresarial, de manera que sobre ellos no inciden los efectos publicitarios del Registro de la empresa.

Una construcción publicitaria que quiera abarcar de una manera totalizadora el fenómeno empresarial, y no solamente el aspecto configurador del *status*, debe de intentar que el efecto de legitimación abarque un campo más amplio que el de las meras situaciones de responsabilidad y personales configuradoras del *status* de empresario. Ha de intentar que el efecto de legitimación afecte a los elementos objetivos configuradores de la «azienda», de manera que éstos no sean un mero elemento identificador del empresario, sino que se revelen como objetos de titularidades reales, de forma que se presuma que el empresario es el titular, salvo prueba en contrario, de los elementos objetivos con la naturaleza y extensión que el Registro de la empresa determine.

La correcta inclusión de un principio de legitimación no tiene ninguna razón práctica de ser si no existe un procedimiento de calificación lo suficientemente amplio para asegurar que lo inscrito es normalmente legal, exacto y real. En caso contrario, la existencia del efecto de legitimación enturbiaría más que facilitaría la correcta defensa y seguridad del tráfico.

El control de legalidad del Juez del Registro viene especificado de una manera genérica sólo a través de dos preceptos:

Artículo 2.189.II: «Antes de proceder a la inscripción el encargado del Registro debe comprobar la autenticidad de la firma y de las condiciones requeridas por la Ley para la inscripción».

Artículo 2.191: «Si una inscripción se ha efectuado sin que existan las condiciones requeridas por la Ley, el Juez del Registro ordena la cancelación de la misma».

De estos preceptos se deduce la existencia de un control de legalidad de las situaciones para las que se requiere la inscripción mediante un acto de jurisdicción voluntaria del encargado del Registro (296). La situación inscribible debe de ser conforme con la Ley no sólo en cuanto a los aspectos formales de competencia, forma, necesidad de firma, etc., sino también en cuanto a los requisitos internos de validez de las situaciones que se inscriben, como se deduce de la comparación con los artículos 2.330.III y 2.411, en donde la alusión al cumplimiento de las condiciones requeridas por la Ley están claramente comprendidas dentro del sentido de homologación judicial (297).

Mayores problemas plantea dilucidar si el alcance de la calificación debe de extenderse a comprobar la realidad y la exactitud de las situaciones inscritas.

El control de la realidad de las situaciones que se quieren inscribir no parece dudoso, ya que si lo que se quiere es ofrecer a los terceros una real situación del empresario, parece lógico que los elementos que deben de figurar en la inscripción (art. 2.196), sede de la empresa, objeto, nombre comercial, otorgamiento y limitación de poderes, etc., sean comprobados mediante los procedimientos que el Juez del Registro estime pertinentes. Añadiendo quizás otros, como sostiene GHIDINI (298), que aunque no figuran en la Ley no existe ningún problema en que sean exigidos si contribuyen a clarificar el contenido del Registro.

Sería ilógico que se inscribieran situaciones que al pretenderse oponer a terceros tuvieran que cancelarse, al no ser conforme con la realidad, por el mismo Juez que las inscribió (299).

Se dan así los presupuestos para poder afirmar que si se inscribieron situaciones sobre las que el Juez no tuvo motivo para dudar, éstas se han de presumir exactas y legales.

Pero ¿con qué alcance ha de presumirse esta presunción? Las situaciones inscritas en el Registro de la empresa, por el mismo proceso calificadorio al que han sido sometidas, proceso de carácter judicial, deben lógicamente desempeñar un principio de prueba de carácter mayor que la mera prueba simple que no comporta consigo inversión de la prueba, sin que tampoco se pueda admitir una presunción de carácter *iuris et de iure* ya que no lo señala expresamente la legislación, siendo como es de carácter legal (art. 2.728).

Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, con admisibilidad de prueba en contrario e inversión de la carga de la prueba. Situación ésta que, por otra parte, vienen a corroborar los artículos 2.714 y siguientes del

(296) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, pág. 199.

(297) PAVONE, A., *ob. cit.*, pág. 598.

(298) GHIDINI, M., *ob. cit.*, págs. 26 y sigs.

(299) GRAZIANI, A., *ob. cit.*, pág. 32. Es de señalar que el artículo 81 del Real Decreto 4-I-1925 prevé expresamente que las Cámaras antes de proceder a la inscripción podrán cumplir las indagaciones que crean oportunas para comprobar la veracidad de los Registros a su cargo.

Código Civil al conceder este carácter a las copias de actos públicos y a las copias de las escrituras expedidas por oficiales públicos.

C) *Construcción doctrinal del efecto de la fe pública registral*

¿Es posible construir un efecto de fe pública registral como consecuencia normal del juego de la publicidad registral en el Registro de la empresa?

La posibilidad de construir la fe pública registral, entendida en el sentido de que los terceros de buena fe puedan tener como cierto y legal el contenido de la inscripción, de manera que una modificación de las situaciones o incluso la declaración de las mismas no les perjudique, no es factible si se intenta llevarla a cabo mediante una interpretación de los preceptos legales que el Código Civil dedica a la regulación general del efecto publicitario en el Registro de la empresa (arts. 2.188 y sigs. CC).

Ni expresamente se contempla dicha posibilidad, ni de una manera indirecta cabe deducirla de los mismos. Aquella parte de la doctrina que ha pretendido construirle mediante interpretación de los preceptos legales ha caído en errores fácilmente comprobables.

Algunos autores (300) han pretendido deducirle de la inoponibilidad del artículo 2.193.I, sosteniendo que si expresamente se constata la imposibilidad de oponer a los terceros las situaciones no inscritas, ello tiene como consecuencia el que los terceros puedan tener las inscritas como exactas y legales a todos los efectos.

Pero se incurre así en un doble error. Por un lado, no se separan de una manera clara, como antes se señaló, la diferencia entre legitimación y fe pública y el juego respectivo que legalidad y exactitud tiene en cada uno de ellos. Pero es que además se viene a confundir dos situaciones completamente distintas: una cosa es que lo no inscrito no se pueda oponer a los terceros y otra el que los terceros puedan tener a todos los efectos lo inscrito por legal y exacto. La inoponibilidad es la consecuencia de la falta de un requisito de eficacia frente a terceros de las situaciones no inscritas; las presunciones de exactitud y veracidad son efecto lógico de una calificación adecuada, y el que los terceros puedan tener lo inscrito por legal y por real de manera tal que declarada la inexactitud o ilegalidad de las situaciones inscritas no se pueda perjudicar a los terceros que confiaron en ellas es el resultado del juego de la apariencia dentro del mecanismo publicitario como corrector de sus deficiencias.

Tampoco es deducible del efecto negativo de la publicidad (301), estimando que si lo no inscrito no puede oponerse a los terceros es porque éstos

(300) GHIDINI, M., *ob. cit.*, pág. 54.

(301) WYSSA, G., *Les effets externes de l'inscription aun Registre du Commerce*, Lausanne, 1950, págs. 76 y sigs.

pueden tener lo no inscrito por inexistente. Aunque el efecto práctico es el mismo, no se opone al tercero, varía sin embargo en torno al juego de la buena fe en la inoponibilidad y en la fe pública. Mientras que para que cese la inoponibilidad es necesario el demostrar el conocimiento por el tercero de las situaciones no inscritas (art. 2.193.I. CC), para que la buena fe negativa no tenga lugar es suficiente el demostrar que el desconocimiento es debido a negligencia grave del tercero (art. 1.147 CC).

Erradas las vías de una posible interpretación de los preceptos generales sobre publicidad del Código Civil, es más acertado el intentar construir dicho efecto de fe pública sobre interpretaciones derivadas del juego de las instituciones del derecho general.

En este sentido se manifiesta parte de la doctrina publicista italiana. Un sector de ella se inclina por el intento de hacer jugar en el derecho publicitario registral italiano el juego de las construcciones que para lograr un mismo fin realizó la doctrina y la jurisprudencia alemanas (302): La construcción del principio de fe pública en base al juego de las declaraciones a la generalidad y del principio de la apariencia. Otro sector (303) intenta construirle en base a la decisiva intervención que el Registro como órgano de carácter público tiene en la conformación de situaciones en las que por su propia naturaleza los terceros tienen derecho a confiar y no ser perjudicados.

La realidad es que ninguna de las posibles doctrinas ha logrado llegar a tener una real preeminencia sobre las otras, situación que se complica más desde el momento en que algunos autores difieren no ya de la posible óptica con la que enfocar la construcción de la fe pública, sino que deniegan la posible existencia de la misma para el sistema actual registral italiano (304). Y máxime cuando en uno de los preceptos (el ya mencionado 2.332) sobre sociedades el Código Civil va a afirmar:

«La declaración de nulidad no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la sociedad después de la inscripción en el Registro de la empresa» (2.332.3.º CC),

de lo que se deduce, según esta última teoría negadora, que al querer instituir la el Código Civil de manera particular para una institución ha querido a la vez rechazarle como efecto de aplicación general.

En torno al efecto de fe pública hay que distinguir, en consecuencia, la posibilidad de construir *le ge lata* y *le ge ferenda*. Parece clara la imposibilidad de deducirle, como se vio, de los preceptos del Código Civil, ya que ni de una manera directa ni de una manera indirecta se le contempla como

(302) AFFERNI, V., *Trattato...*, *ob. cit.*, págs. 208 y 266.

(303) PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 237 y sigs.

(304) PAVONE, A., *ob. cit.*, págs. 191 y sigs.

efecto de aplicación general. Sin embargo, la construcción del efecto mediante el esperado desarrollo reglamentario no parece que encuentre obstáculo en la afirmación de que por estar especialmente mencionado para una institución en especial está excluido de una manera general por voluntad del legislador. Más bien hay que pensar que ante las dificultades de una construcción general se le ha querido dar carta de naturaleza en aquella institución —sociedades— donde quizás la realidad cotidiana del tráfico le demandaba de una manera más perentoria.

La justificación de su existencia vendrá dada, como tantas veces se ha dicho, por el mecanismo corrector de la apariencia en cuanto que allí donde se den las condiciones requeridas para que las situaciones inscritas aparezcan creando frente a terceros situaciones que aparezcan como legales y exactas deben ser éstos amparados por un mecanismo que les proteja de la confianza que en ellas depositaron y que después se vio defraudada.

El Registro de la empresa se presenta, pues, con una sistemática del mecanismo publicitario escasa y deficiente, cuyo único punto positivo radica en la posible aportación que pueda hacer en orden a la construcción de un verdadero Registro de la empresa que abarque tanto a un Registro de empresarios como al elemento objetivo del que éstos se valen para el desarrollo de su actividad. Pero de manera que estos elementos objetivos consten no como meros elementos delimitadores del empresario, sino también como objeto de titularidades que vengan a ser amparadas por el Registro, a la vez que constituyen para los terceros una garantía patrimonial de la responsabilidad del ejercicio de la actividad empresarial.

ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN
Profesor de la Universidad de Almería