

¿Protección registral de hechos no inscritos? A propósito de la publicidad material negativa (arts. 21 CCom y 9 RRM)

SUMARIO: I. TRANSPOSICION DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS.—II. LA PRIMERA DIRECTIVA DE 9 DE MARZO DE 1968.—III. LA REFORMA DEL REGISTRO MERCANTIL.—ARTICULOS 21 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 9 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL.—V. INSCRIPCION Y PUBLICACION EN EL *BORME*.—DISCORDANCIA ENTRE LO INSCRITO Y LO PUBLICADO.—VII. ARRASTRE DE PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AL REGISTRO MERCANTIL.—VIII. PUBLICIDAD MATERIAL NEGATIVA.

I. TRANSPOSICION DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La adhesión de España a la Comunidad Económica Europea ha estado preñada de consecuencias en todos los órdenes, principalmente en el económico, y comportando también al mismo tiempo toda una serie de alteraciones jurídicas para adaptar nuestro Ordenamiento al comunitario, que como sistema jurídico es un orden dirigido a desarrollar un proceso de integración. El orden jurídico comunitario, si bien tiene su origen en los Tratados fundacionales, será ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias que en dichos Tratados se crean, las cuales disponen de un verdadero poder normativo, generador de lo que se ha dado en llamar Derecho comunitario derivado (1).

Particularmente decisivas al respecto son las Directivas emanadas del Consejo de la CEE, vinculantes para los Estados miembros en cuanto a los

(1) MOLINA DEL POZO, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid (1987), 277.

resultados que pretenden, pero dejando a salvo la forma y medios de llevarlos a cabo (2). Por lo que se refiere al objeto de nuestra atención, nos interesan las Directivas cuya esfera de aplicabilidad se delinea en el artículo 189 del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, que sanciona:

«La Directiva vincula a los Estados miembros a los que va destinada en cuanto se refiere al resultado a conseguir, quedando a salvo la competencia de los órganos nacionales en cuanto a la forma y a los medios».

Se trata, en definitiva, de introducir vías para que los Estados miembros armonicen sus legislaciones adaptándolas a los principios comunitarios, cuyos objetivos han de alcanzar, pero dejando a cada Estado los medios y la forma en que ha de producirse esa armonización, adaptación imprescindible para llegar a una deseada uniformización de los Derechos de cada Estado miembro de la CEE, principio que venía enunciado de un modo genérico en el artículo 3.b) del Tratado de Roma, y con mayor especificidad en el artículo 100: «El Consejo, decidiendo por unanimidad, a propuesta de la Comisión, establecerá directrices para la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan una incidencia directa sobre la instauración o el funcionamiento del Mercado Común».

Pero si la amplitud del procedimiento de adaptación de cada Estado miembro (libertad de medios y formas para lograrla) parece dejar a la Directiva la mera función de fijar unos objetivos, hay que tener en cuenta que la Directiva es vinculante, obligatoria en lo que se refiere a los fines que impone, y como norma vinculante, si fuera incumplida por los Estados miembros, su incumplimiento podría dar lugar, según el artículo 169 del Tratado de Roma, a acciones interpuestas ante el Tribunal de Justicia de la CEE. No es que la Directiva sea una norma jurídica aplicable inmediatamente en cada Estado miembro, pues cada uno debe seguir los medios y formas que mejor les parezca para adaptar su ordenamiento a las Directivas, que normalmente fijan unos plazos para lograr esta adaptación, plazos, que todo hay que decirlo, al menos en España, no son respetados. Esta libertad de elección de medios y formas, sin embargo, cada vez se hace más ilusoria, pues las Directivas que son cada vez más técnicas y detalladas, y procediendo de la Comisión Europea de la que forman parte representantes de los Estados miembros, dejan cada vez menor ámbito de libertad para su adaptación, de modo que cada Estado miembro no tendrá otra opción que hacer suyo íntegramente el texto de la Directiva, introduciéndolo y haciendo las reformas necesarias

(2) Esto se deriva de la distinción entre fuentes constitutivas de la CEE, o sea, los Tratados, y fuentes derivadas de aquéllos debidas a los propios órganos comunitarios en el ámbito de la competencia que les atribuyen los Tratados y que se diversifican en Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes. Sobre el tema, *vid.* BERNINI, *Profili di diritto delle Comunità Europee*, Nápoles (1968), 143 ss.

dentro de su Derecho nacional, desarrollando desde entonces toda su virtualidad inmediatamente aplicable. El propio Tribunal de Justicia comunitario así lo ha dado a entender en numerosas sentencias (Sentencias 41/1974, de 4 de diciembre de 1974; 51/1976, de 1 de febrero de 1977; 38/1977, de 23 de noviembre de 1977; 21/1978, de 8 de mayo de 1980), llegando a decir que las Directivas, o mejor, determinadas Directivas tienen una eficacia directa. Claro que las Directivas que el Tribunal de Justicia comunitaria declara de directa aplicabilidad son aquellas que otorgan inmediatamente derechos subjetivos a los individuos de los Estados miembros, que pueden apoyarse en ellas aun antes de su reconocimiento interno por cada uno de los Estados como fundamento de sus pretensiones. No parece ser éste el caso que nos ocupa de la Primera Directiva en materia de sociedades de 9 de marzo de 1968, dirigida fundamentalmente a unificar las reglas de publicidad aplicables a las sociedades capitalistas en el ámbito comunitario.

II. LA PRIMERA DIRECTIVA DE 9 DE MARZO DE 1968

La necesidad de armonizar dentro de la CEE el Derecho de sociedades, en cuanto las sociedades constituyen los agentes fundamentales del tráfico económico, fue advertida en el propio Tratado de Roma, que dentro del principio de libertad de establecimiento sanciona en el artículo 54.3.g) que el Consejo y la Comisión Europea deberán coordinar en la medida necesaria, y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades (civiles o mercantiles, cooperativas y demás personas jurídicas públicas o privadas que persigan un fin de lucro) para proteger los intereses de los socios y de los terceros.

Esta armonización era imprescindible para no provocar distorsiones dentro de la CEE, en cuanto que en la medida que hubiera sustanciales diferencias en el tratamiento legal de las sociedades, el peso de decisivas decisiones económicas pudiera trasladarse a aquellos países que tuvieran una legislación societaria más laxa; lo que se ha llamado el «efecto Delaware». De ahí la importancia, por ejemplo, del lugar de constitución de las sociedades, sometidas a su respectiva Ley nacional que regirá el momento contractual de su constitución (3). Precisamente la Primera Directiva trata de evitar este «efecto Delaware» (4), y de ahí la necesidad de armonizar la legislación societaria de cada país miembro de la CEE.

(3) Sobre el tema, muy sumariamente, pero con gran precisión, GONZÁLEZ CAMPOS et al., *Derecho internacional privado. Parte especial*, 4.^a ed., Madrid (1991), 149-150.

(4) GÓMEZ SEGADÉ, «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en el vol. dirigido por ROJO, *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (1987), 25.

En este sentido, la Primera Directiva se dirige esencialmente a armonizar las reglas y eficacia de la publicidad a que han de someterse las sociedades en el espacio de la CEE, siendo objeto de especial regulación toda una serie de actos e indicaciones objeto de inscripción obligatoria, que describe GOLDMAN (5) del siguiente modo:

- A) Actos referentes a la estructura jurídica de la sociedad, como:
 - 1) El acto constitutivo (en España, la escritura de constitución) y los Estatutos (cuando éstos figuren en documento aparte).
 - 2) Su modificación (que en nuestra Patria se centra esencialmente en el aumento y reducción del capital, y el cambio de denominación o del domicilio de la sociedad).
 - 3) La disolución de la sociedad, liquidación y cancelación registral.
- B) Actos y hechos relativos a los órganos de gestión, representación y control, como el nombramiento y cese de administradores, auditores y liquidadores.
- C) Factores de carácter financiero. Aparte de la inscripción obligatoria del capital social y sus eventuales variaciones, ha de ser objeto de publicidad el balance y la cuenta de resultados de cada ejercicio.

Junto a todas estas menciones esenciales en la inscripción de cada sociedad, la Primera Directiva se ocupa extensamente de la publicidad, tanto formal como material, y por lo que a nosotros interesa, los efectos de la publicidad material, que en la trasposición española (reforma del Código de Comercio de 25 de julio de 1989 y Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989) han venido a introducir sensibles modificaciones al régimen registral mercantil anterior. En primer lugar, porque si la Primera Directiva sólo se refiere a sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditarias por acciones, las reformas españolas también abarcan al empresario individual, al que se coacciona fuertemente hacia su inscripción, rompiendo la tradición jurídica española de su inscripción potestativa (salvo el naviero). Ciertamente es que la reforma no declara explícitamente obligatoria su inscripción, pero acaso sea más cierto que trata de coaccionarlo por toda serie de vías (la más importante, quizá, la de cierre del Registro de todo acto del empresario no inscrito) que hace su inscripción prácticamente obligatoria (6), especialmente para los actos enumerados en los artículos 22.1 del CCom y 87

(5) GOLDMAN, *Droit Commercial Européen*, París (1970), 579 ss.; su distinción es acogida por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, «La publicidad legal de la sociedad anónima europea», en el vol. dirigido por GIRÓN TENA, *La publicidad legal de la sociedad anónima europea*, Madrid (1978), 68 ss., distinción sustancialmente convincente.

(6) MENÉNDEZ, «La Primera Directiva de la CEE en materia de sociedades y el

del RRM. La reforma española ha ido más allá de lo que la Primera Directiva exigía, visión que hay que entroncar con la misión, considerablemente ampliada, que se atribuye ahora al Registro Mercantil como instrumento legal de esencial protección de los terceros, en el sentido de la evolución claramente descrita por MENÉNDEZ de haber pasado el Registro desde una inicial solución «corporativa» (matrícula de comerciantes) a una solución «negocial» en que la falta de publicidad repercute sobre la validez del acto inscribible, hasta la actual solución «registral», donde la publicidad no incide sobre la validez de las relaciones jurídicas sustantivas, sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por parte de los terceros (7). Con todo, podría decirse, como ya dijo PAZ-ARES (8), que con las últimas reformas se ha tratado de hacer del Registro Mercantil «un centro administrativo del tráfico jurídico en el ámbito mercantil, descargando por esta vía la ya de por sí saturada Administración de Justicia de tareas no estrictamente jurisdiccionales y aprovechando la infraestructura registral y los propios principios de funcionamiento del Registro para dotar de un mayor rigor el ejercicio y seguimiento de sus actividades». Comparto la visión de fondo de PAZ-ARES (9), pero no la de entender el Registro Mercantil como un mero centro administrativo; la calificación registral le aparta de esta visión estrictamente administrativa, para dotar de una eficacia que trasciende la esfera administrativa la decisión del Registrador sobre los documentos sujetos a inscripción.

Con la coacción hacia la inscripción del empresario individual se supera lo que había sido considerado como una grave distorsión perturbadora para el tráfico, como había sido hasta ahora mantener dos sistemas registrales distintos, uno para las sociedades y otro para el empresario individual (10). Con todo, hay que decir, desde el punto de vista práctico, que las reformas españolas inciden sustancialmente sobre el mundo de las sociedades, principales sujetos del tráfico económico.

Registro Mercantil español», en *Estudios Girón Tena*, Madrid (1991), 720, entiende que la inscripción del empresario individual es «muy dudosamente de carácter potestativo».

(7) MENÉNDEZ, «Panorama de la publicidad registral mercantil en el Derecho español y en otros Ordenamientos europeos», en el vol. *Curso de Conferencias sobre Derecho comunitario europeo*, Madrid (1976), 58; ideas que ya había expuesto en *El Registro Mercantil español*, Madrid (1975).

(8) PAZ-ARES, «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid (1988), 482.

(9) Ideas de fondo que ya expuse a propósito de la incidencia registral de la nueva Ley de Costas; *vid.* TORRENT, «Protección registral del dominio marítimo-terrestre», *RCDI*, 608 (1992), 62.

(10) En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, «El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el Derecho comunitario», *La Ley* (31-12-1985), 1 ss. No puedo entrar ahora en estos temas por el momento; *vid.* GARCÍA VILLAVERDE, «La reforma del Registro Mercantil», *La Ley* (16-6-1990), 2.

III. LA REFORMA DEL REGISTRO MERCANTIL

Ya el viejo Código de Comercio de 1829 había introducido en España un Registro público de comercio que, junto a la histórica matrícula de comerciantes, aporta la novedad de delinear un registro de documentos, siendo inscribibles las escrituras de sociedad, capítulos matrimoniales y poderes otorgados a los representantes. ¿Publicidad-noticia o publicidad-legal? Parece que el viejo Código se quedó en la publicidad-noticia; la sanción económica que se imponía por la falta de toma de razón de los documentos registrales hacía ineficaz la escritura entre los socios y entre sociedad y representante, siguiendo la inspiración francesa de que lo no inscrito afecta negativamente a la validez del acto inscribible. Pero como gran novedad directamente atribuible a SAINZ DE ANDINO (11), se establece (arts. 28, 29 y 177) que si bien aquellos documentos no inscritos eran ineficaces entre los otorgantes, sí podían ser eficaces en favor de los terceros interesados.

Aquí tenemos un punto de arranque hacia una publicidad material negativa del Registro. Según MENÉNDEZ (12), no parece arriesgado estimar que la necesidad de corregir la injusta aplicación de una nulidad radical del acto no inscrito frente a los terceros de buena fe permite enlazar con los primeros vestigios de una publicidad material negativa y convierte el Código de Comercio de 1829 en un Ordenamiento particularmente significativo en la evolución del Registro Mercantil.

Cuando el Código de Comercio de 1885 introduce el carácter potestativo de la inscripción del comerciante individual, parece desvalorizar el Registro en cuanto a los efectos de la publicación del comerciante no inscrito, reduciéndolo a una mera función probatoria de la inscripción que nada tiene que ver con la publicidad legal. El tema fue estudiado desde el punto de vista del comerciante individual inscrito que olvida cancelar su inscripción cuando deja de ejercer el comercio; en este caso, su inscripción sigue teniendo influencia en base a la publicidad material positiva, donde despliegan su eficacia los principios de legitimación y fe pública registral, pudiendo los terceros aprovecharse de la inscripción no cancelada en lo que les fuera favorable (13), como se desprendía del RRM de 1956, que básicamente delineaba la publicidad material positiva, sancionando la falta de inscripción exclusivamente en base a los efectos de la publicidad (14). Pero

(11) MENÉNDEZ, *El Registro Mercantil español*, 17 ss.

(12) MENÉNDEZ, *Panorama*, 64.

(13) GARCÍA GIMÉNEZ, «LOS principios registrales en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, 17-18 (1957), 282; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Notas sobre el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *RDN*, 19 (1958), 286.

(14) MENÉNDEZ, *Panorama*, 67.

de la misma manera se deriva la publicidad material negativa del Código de 1885, en que lo no inscrito no perjudica a terceros: no podía ir más lejos entonces la presunción de conocimiento de lo no inscrito.

De ahí la novedad que introdujo la Ley de 21 de julio de 1973, que aun afectando a los títulos II y III del Libro I del Código de Comercio por lo que concernía al Registro Mercantil, no desarrolló todo lo que podía haber dado de sí entonces, quedándose en una muy pacata innovación.

La reforma radical en torno a la disciplina registral del Código de Comercio la introdujo la Ley de 25 de julio de 1989 de «Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», donde se acogió sustancialmente la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968, que implicaba una nueva visión de la publicidad registral mercantil sobre sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comandatarias por acciones. Poco tiempo después las sociedades anónimas serían objeto de un tratamiento legal autónomo con la publicación del Texto Refundido de 29 de diciembre de 1989, que tenía que ir emparejado inevitablemente con la adaptación de España a la Primera Directiva.

Se pasa ya claramente de una publicidad-noticia a una publicidad legal, aunque inspirando el nuevo RRM un fondo hipotecarista, que se advierte en la aplicación de los principios hipotecarios, que a veces chirría en su aplicación a un registro de personas que nunca es exactamente igual que un registro de bienes. El vigente RRM introduce tres temas fundamentales como son la publicidad de la sociedad, la validez de las obligaciones contraídas en su nombre (con el complejo problema de la validez de la representación) y la validez de la sociedad. Nuestra atención se fijará esencialmente en el primer punto, no tanto sobre la publicidad de la sociedad en sí misma considerada, sino en cuanto a los efectos que se derivan de la inscripción o no inscripción de actos y hechos de la sociedad relevantes para la vida económica y que pueden aprovechar o perjudicar a terceros. Necesariamente tendré que examinar también una serie de problemas derivados de la nueva normativa, como la radical innovación que hace depender la eficacia de la inscripción de su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (15). En este punto, puede decirse que la Primera Directiva tomó en cuenta fundamentalmente el Derecho alemán, y de ahí las notorias protestas de los juristas franceses e italianos, especialmente de los franceses, que partían de un sistema registral notoriamente distinto del alemán. La Primera Directiva obligó a todos los Estados miembros a contar con un Registro público, a la publicación de los datos más relevantes en un boletín *ad hoc* y a la publicidad de ciertos datos económicos y financieros de las sociedades a efectos de su conocimiento.

(15) «Particularmente perturbadora» es calificada por GARCÍA VILLAYERDE, *La reforma*, 1.

IV. ARTICULOS 21 DEL CODIGO DE COMERCIO Y 9 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

La transposición de la Primera Directiva al Derecho español, realizada por Ley de 25 de julio de 1989 que reformó el Código de Comercio, arrojó el siguiente texto, que se repite en el Código y en el Reglamento:

Art. 21. 1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *BORME*. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable.

Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.

Obviamente, por su sede material en el Código de Comercio la norma del artículo 21 va mucho más allá de su aplicación a las sociedades a que se refería la Primera Directiva, con implicaciones para todos los sujetos inscribibles y consiguientemente, para todos los actos y hechos inscribibles con trascendencia para terceros.

Se advierte inmediatamente la incongruencia de que aparezca esta norma (y otras más) duplicada en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil, y parece totalmente superfluo lo que dice la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil: «a pesar de haber alcanzado rango legal los principios básicos que rigen la institución del Registro Mercantil, otros principios de menor alcance, reguladores del funcionamiento práctico del Registro, exigían también una consagración normativa, y de ahí que unos y otros aparezcan al frente del nuevo texto reglamentario». Da la impresión de que el legislador parte de un confusio-nismo entre lo que debe ser una Ley y lo que sea su desarrollo reglamen-tario, y en este caso el Reglamento del Registro Mercantil a veces es un duplicado superfluo del Código de Comercio; otras, va más allá de lo que sea una función reglamentaria invadiendo aspectos sustantivos que sólo deberían quedar reservados a la Ley. Desde luego que había que armonizar la puesta en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas (Texto Refundido de

22 de diciembre de 1989) y el RRM (aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1989), pero se ha hecho apresuradamente, sin contar con una suficiente madurez doctrinal en torno a los problemas nuevos que se traen a nuestro Ordenamiento, ni mucho menos previendo las grandes dificultades derivadas de su aplicación, que es en lo que se ha caído desde el 1 de enero de 1990, fecha de entrada en vigor del RRM. Alguno de estos problemas son los que trato de analizar en mi estudio.

V. INSCRIPCION Y PUBLICACION EN EL *BORME*

Cierto es que las Directivas, vinculantes en cuanto a los resultados a obtener, dejan en libertad a los Estados miembros en cuanto a la forma y medios idóneos para conseguir aquellos resultados, lo que suponía una cierta libertad de cada Estado en cuanto a lograr un sistema de publicidad, que era lo que pretendía la Directiva.

El artículo 3.1 de la Primera Directiva imponía: «En cada Estado miembro se abrirá un expediente para toda sociedad inscrita, en un registro central o en el registro de comercio o registro de las empresas», y en el artículo 3.4 se prescribía: «Los Estados miembros ordenarán que la correspondencia y hojas de pedido indiquen el registro en el que se haya abierto el expediente».

Esta libertad en cuanto a los medios dejaban implícitos dos sistemas: o bien el de expediente (sistema francés) o bien el de inscripción (sistema alemán, coincidente con el español), como se sancionaba en el artículo 3.2: «Todos los actos e indicaciones sujetos a la obligación de publicidad, conforme al artículo 2, se incluirán en el expediente o se transcribirán en el Registro». Esta dualidad de sistemas hace que en Francia el control en la constitución de las sociedades mercantiles sea un control judicial, pues el encargado del Registro de Comercio no parece tener potestad para examinar la legalidad de la constitución; pero esta misma libertad ha permitido mantener nuestro sistema de inscripción, que desde este punto de vista no se ha visto gravemente alterado por la recepción de la Primera Directiva, inscripción obviamente sometida a la calificación del Registrador.

La novedad está en el traslado de los efectos de la publicidad material, no desde la inscripción, sino desde su publicación en el *BORME*, descontando el enigmático inciso del artículo 21.1, «quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», efectos que en nuestro sistema son esenciales: la validez de la constitución de la sociedad objeto de inscripción obligatoria, sin la que no alcanzan personalidad jurídica (art. 116 CCom) y que ha hecho pensar a algún sector de la doctrina en dos clases de inscripciones: unas, constitutivas, y otras, declarativas, que implicaban una distinta tras-

cendencia para cada una de su publicidad registral, pero que pueden derivarse en nuestro sistema si observamos los distintos efectos que tienen, por ejemplo, de un lado, la publicidad de la constitución de la sociedad, y de otro, el depósito de sus cuentas anuales, distintos efectos, aunque ambos datos se publiquen en el *BORME*. Esta misma distinción tiene presupuestos distintos desde sus propias bases, pues mientras que para unos actos o hechos se exige titulación pública sujeta al control de legalidad que efectúa el Registrador en su calificación, para otros actos y hechos inscribibles no se exige este control ni la misma forma pública, limitándose a exigir la legitimación notarial de las firmas de quienes los suscribieron. Este tema se plantea respecto al depósito de las cuentas anuales (objeto de la Cuarta Directiva), que deben publicarse a través del Registro Mercantil y en el *BORME* (art. 334 RRM). Y aunque todo documento que accede al Registro debe ser objeto de presentación, calificación e inscripción, en estos casos la inscripción sólo produce efectos de publicidad formal, pues la calificación del Registrador no puede ir más allá de la verificación de los requisitos formales de suscripción del documento y la autenticidad de las firmas, pero no sobre la legalidad de su contenido (16) y, mucho menos, de su veracidad.

La trasposición de la Primera Directiva (art. 3.4) al prescribir que «los actos e indicaciones inscribibles serán objeto de publicación en el boletín oficial designado por los Estados miembros, íntegramente o en extracto, o en forma de mención de haberse producido el depósito del documento en el expediente o de haberse transcrito en el Registro», plantea el tema de los boletines que cada Estado miembro debe publicar para el conocimiento y difusión de los datos relevantes de la vida económica y consiguiente protección de los terceros, como asimismo plantea el tema de la naturaleza y eficacia de cada uno los boletines de cada Estado miembro. Refiriéndonos a España, este boletín fue previsto en la Reforma de 1973, pero sólo se hizo operativo con la Reforma de 1989, que le da carta de naturaleza en el artículo 18.3 del CCom: «Practicados los asientos en el Registro Mercantil, se comunicarán sus datos esenciales al Registro central, en cuyo boletín serán objeto de publicación. De esta publicación se tomará razón en el Registro correspondiente», desarrollado en los artículos 385 a 393 del RRM.

Pero ¿cuáles son estos datos esenciales? El problema es discutible a la vista de la remisión que el artículo 386 del RRM hace a los artículos 351 a 356 del mismo texto reglamentario. Según GARCÍA VILLAVARDE (17), parece que se han querido seleccionar las menciones que son objeto de la publicación de acuerdo con el Derecho comunitario, y por ello aparecen en

(16) VICENT CHULIÁ, «Las cuentas anuales», en el vol. *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid (1987), 285.

(17) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 4.

número inferior a los que se recogen como objeto de inscripción en el Registro Mercantil en el título II del RRM.

El artículo 21.2 del CCom, trasunto del artículo 3.4 de la Primera Directiva, plantea el tema de la publicidad material positiva no desde la inscripción en el Registro Mercantil, sino desde su publicación en el *BORME*, oponibilidad apta respecto a los terceros de buena fe que implica un doble mecanismo registral: inscripción y publicación en el *BORME*. Podría plantearse el tema de si la mera inscripción del acto inscribible no es ya publicidad en sí misma (que desde luego lo es; publicidad formal prevista en el art. 23 CCom y 12 RRM); sólo que se añade un plus a la inscripción, siendo sólo oponible a partir de su publicación en el *BORME*, publicación que ahora es decisiva para que se produzcan los efectos de la publicidad material.

En este punto puede observarse una discordancia entre el artículo 21.1 del CCom y el 343 del RRM relativo al objeto del Registro Mercantil central, al que corresponda: «a) La ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los Registros Mercantiles ordinarios: c) La publicación del *BORME*, en los términos establecidos en este Reglamento», que permite delinear una disfunción entre la publicidad formal, propia de la inscripción registral, y la publicidad material, propia de la publicación en el *BORME* de los «datos esenciales» que cada Registro ordinario envíe al Registro Mercantil central y que permite hablar de una cierta dicotomía entre inscripción y publicación, al menos a efectos de la publicidad material, y en sus dos vertientes: positiva y negativa.

Parece evidente que la inscripción registral sigue siendo el eje sobre el que gira la publicidad registral mercantil y que la necesaria publicación en el *BORME* no modifica la eficacia de la inscripción, sino que la publicación se superpone a la inscripción a efectos de la publicidad material; desde luego de la positiva: presunción de conocimiento por los terceros de los hechos publicados; respecto de la negativa: presunción de ignorancia de los hechos no publicados, ya veremos que está matizada por el juego de la buena fe. E incluso la publicidad material positiva tiene una especie de *vacatio* en el artículo 21.2 del CCom: «Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos». La orientación germánica de la Primera Directiva permitiendo enervar la eficacia del acto inscrito y publicado antes del decimosexto día de la publicación, acogida por nuestro sistema, incide en la oponibilidad del acto frente a terceros que prueben su imposibilidad de conocerlo. Se desplaza en este caso la eficacia de la publicación a partir del decimosexto día de la misma, aunque la dificultad de la prueba de su desconocimiento por el tercero será muy ardua y, probablemente ante estas

dificultades prácticas, es muy posible que se haga escasa aplicación de esta norma.

Pero esto mismo plantea el conflicto entre publicidad legal y publicidad de hecho. Si el Registro Mercantil tiene por finalidad (entre otras) difundir los «datos esenciales» del tráfico económico, su contenido (art. 20.1 CCom) se presume exacto e íntegro y los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, está claro que hay que atribuir un valor superior a la inscripción registral; pero esto nos lleva al dato empírico de que en el masivo tráfico económico de cada día rara vez se acude a consultar el Registro, y de ahí la necesidad o la conveniencia de contar con una publicación que reproduzca esos datos esenciales para el tráfico, ya inscritos. De esta forma, se trata de aproximar la cognoscibilidad legal del Registro Mercantil y el conocimiento efectivo de su contenido, anudando los efectos de la publicidad material a la publicación en el *BORME*. Es convincente GÓMEZ SEGADE (18) cuando dice que esta importante innovación que liga los efectos materiales de la publicidad a la publicación en el *BORME*, sin duda favorece la difusión de datos relevantes para el tráfico, aunque como contrapartida se pierde la seguridad total característica del sistema de simple inscripción registral vigente hasta ahora en España; es positivo el incremento de difusión originado por el nuevo sistema, aunque sea a costa de disminuir la seguridad proporcionada por la simple inscripción registral, en cuanto que la publicación en el *BORME* es decisiva para que se produzcan los efectos de la publicidad legal. Por eso entiendo que la publicación en el *BORME* se superpone a la inscripción en cuanto a aquellos efectos; no desvaloriza la inscripción en cuanto ésta es la base de lo publicado en el *BORME*, sino que desplaza sus efectos de la mera inscripción a la publicación.

Pero tampoco disuelve del todo la publicación la posible antinomia entre publicidad legal y publicidad de hecho en un tráfico tan masivo como el actual, donde la posibilidad de acudir a consultar el Registro Mercantil y la misma lectura del *BORME* se ven superados por la celeridad de las operaciones mercantiles, problema que incide de lleno en los actos y sujetos inscribibles en un mundo donde ante todo prima la publicidad de hecho. Por eso afirma GARCÍA VILLA VERDE (19) que la publicidad legal existe para subsanar las deficiencias de la publicidad de hecho y la sustituye sin desplazarla en tanto en cuanto se necesita para lograr esa finalidad. Por ello, el conocimiento de hecho tiene relevancia por sí mismo a los efectos de la oponibilidad. De todos modos no se superpone a la publicidad legal; sólo en ese plazo limitado

(18) GÓMEZ SEGADE, 34.

(19) GARCÍA VILLA VERDE, *El Registro Mercantil español*, 2.

de quince días, en que la imposibilidad de conocimiento entonces sí se superpone a la presunción de conocimiento de lo publicado.

Fuera de este caso, la función del Registro, y específicamente del español, va mucho más allá de la mera difusión de sus datos como tal misión informativa. En un Registro como el nuestro basado en el principio de legalidad que descansa sobre la calificación del Registrador, la publicidad legal tiene un alcance mucho mayor que la mera posibilidad de conocimiento que brinda, y de ahí la presunción del conocimiento efectivo aunque tal conocimiento no se hubiera producido en la realidad, posibilidad de conocimiento que hoy se conecta con la publicación en el *BORME*. Es cierto cuando dice RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (20) que en torno a esta «cognoscibilidad legal» se anudan los efectos que la publicidad produce en el ámbito jurídico, y que pueden centrarse en la idea de protección a las personas en cuanto pueden verse afectadas en su esfera de intereses por las consecuencias de actos en los que no han intervenido y de los que difícilmente podrían tener noticia si no se contara con los mecanismos de la publicidad legal.

Es esta publicidad legal la que se deriva de la publicación en el *BORME*; sólo a partir de entonces se producen los efectos de la cognoscibilidad legal de los actos inscritos, novedad que ha sido vista como un acierto, en el sentido que no implica una grave alteración de nuestro sistema de publicidad legal, pues simplemente traslada los efectos materiales de la inscripción a la publicación, e incluso ha sido vista como un perfeccionamiento técnico (21) del sistema en su conjunto, culminación de un proceso de publicación cuyo resultado final es una información dotada de especiales efectos jurídicos en cuanto a presunción de certeza y conocimiento por todos. Por eso la publicación en el *BORME* no tiene una mera función informativa (a pesar de lo que diga el art. 334 RRM), sino que va más allá con directos efectos materiales, tanto positivos como negativos, de la publicidad.

VI. DISCORDANCIA ENTRE LO INSCRITO Y LO PUBLICADO

Todo el sistema se vendría abajo si la publicación no coincidiera con la inscripción, lo cual es posible, y el propio legislador lo ha previsto en el artículo 21.3 del CCom con dos matizaciones: *a)* «En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable». *b)* «Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado».

(20) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 84.

(21) En este sentido RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 92, que lo decía, en general, comentando la Primera Directiva y antes del ingreso de España en la CEE.

Precisamente porque se impone la publicación en el *BORME* de los hechos inscritos para lograr los efectos de la publicidad material, el tema de las discordancias entre lo inscrito y lo publicado adquiere un relieve especial. Ya no es como antes que la publicidad legal nazca sólo de la inscripción, porque ahora nace de la publicación en el *BORME*. Ciertamente es que la Primera Directiva trata por todos los medios de evitar tal discordancia, señalando en el artículo 3.6: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el tenor de la publicación y el del registro o el expediente». Todo esto es lógico, pues si los efectos de la cognoscibilidad legal se conectan con la publicación en boletines *ad hoc*, se concede a esa información un valor superior, como dice RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (22), al de simple «ciencia» en un doble sentido: de un lado, desplazando a los interesados la carga del conocimiento efectivo y presumiendo que ha sido por su culpa si no ha llegado a alcanzarlo; de otro, concediendo a la información que se facilita una garantía especial de veracidad. Puede que lo publicado no sea cierto, pero en determinadas condiciones vale como si lo fuera.

La Primera Directiva da primacía a la inscripción, incluso en caso de discordancia, como preceptúa el mismo artículo 3.6: «En caso de discordancia el texto publicado no será oponible a terceros, pero los terceros podrán valerse de él, salvo que la sociedad pruebe que conocían el texto depositado en el expediente o transcrito en el Registro», fórmula transcrita en el artículo 21.3 del CCom y 9.3 del RRM, con una ligera variante: si la Primera Directiva se pone desde el punto de vista de la sociedad que puede oponer al tercero la discordancia cuando pruebe que éste la conocía, nuestro Código de Comercio se pone desde el punto de vista de protección al tercero, que podrá invocar la publicación «si le fuere favorable». Por supuesto que se trata del tercero de buena fe que no conociendo el texto inscrito, sino sólo el publicado, confía en la apariencia que muestra la publicación. Terceros de buena fe serían (23) aquellos que ni conocían ni debían conocer el contenido de la inscripción. Si lo conocían y pretenden utilizar en su beneficio lo publicado que no concuerde con lo inscrito, parece claro que actuarían de mala fe, y en este caso la sociedad podrá impedir mediante la prueba de su conocimiento de lo inscrito (negativamente de su mala fe) que hagan uso de lo publicado. Es más completa la Primera Directiva que la trasposición española, que sólo apunta a una parte del posible perjuicio de la discordancia, no afectando a terceros de buena fe que pueden utilizar la publicación en lo favorable.

El Código de Comercio se pone en la protección al tercero de buena fe

(22) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 98.

(23) GÓMEZ SEGADÉ, 42-43.

en el párrafo 3 del artículo 21, viéndose inmediatamente obligado en el párrafo 4 a fijar lo que entiende por tercero de buena fe, concepto fundamental para entender la publicidad negativa. La buena fe del tercero en el artículo 21.3 es muy relativa, e incluso podría decirse que peligrosa por insegura; parece dar a entender que el tercero podría utilizar según su interés lo que quisiera de lo publicado, lo que le fuera favorable de la discordancia. En realidad de lo que se trata es de una opción para el tercero (24) ante la irregularidad de la publicación. No se producen para el tercero los efectos positivos de la publicidad, pero el tercero puede, si le interesa, no ignorar lo publicado, aunque tenga conocimiento de la situación inscrita disconforme con la publicada.

El artículo 21.3 del CCom es la mayor prueba del excesivo alcance que ha querido darse a la publicación. El legislador español no se atrevió a decir que primaba sobre la inscripción; todo el nuevo sistema se dirige a poner al alcance de los terceros los actos inscritos a través de la publicación, y aunque subyace la idea esencial de que la inscripción constituye el eje de todo el sistema registral, y de ahí los párrafos 1 y 2 del artículo 21, sobre todo en este caso el párrafo 2, que destacando el hecho de la publicación contempla la *vacatio* de quince días a partir de la publicación, queriendo dar tiempo a los terceros para recibir el *BORME*. La publicación evita las divergencias entre el conocimiento de hecho o conocimiento presunto (extrarregistral) y el conocimiento efectivo de los hechos que han sido objeto de publicidad legal (25); pero cuando la publicación diverge de la inscripción sólo favorece al tercero de buena fe. Su buena fe estriba en el conocimiento de lo publicado, no teniendo que averiguar lo efectivamente inscrito, y en este caso se invierte todo el sistema de seguridad que brinda la protección registral en base a la presunción de exactitud y veracidad de la inscripción. En este caso la protección a la confianza derivada de la publicación es más fuerte que la derivada de la inscripción. Pero la apariencia de la publicación sólo protege al tercero de buena fe que ignoraba la situación inscrita, ignorancia que ha de probarse positivamente por el titular registral, que para destruir la oponibilidad de lo publicado debe probar que el tercero tenía conocimiento de la situación inscrita, como se señala en el artículo 3.6 de la Primera Directiva, fórmula que siguieron los Derechos alemán e italiano (26) y que el nuestro silenció, para destacar solamente la buena fe del tercero.

Mayores problemas trae el segundo párrafo del artículo 21.3 CCom: «Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al

(24) GARCÍA VILLA VERDE, «El Registro Mercantil y su reforma ante el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre 1988, 69.

(25) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 42.

(26) *Vid.* sobre el tema VAN OMMEFLAGHE, «La première Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière des sociétés», *Cahiers Droit Europ.*, 5 (1961), 551 ss.

perjudicado», que puede engendrar un doble orden de responsabilidades: a) Del Registrador Mercantil que dio erróneamente el extracto de los datos esenciales que deben publicarse en el *BORME*; b) Del propio Registro central que transcribe erróneamente aquellos datos, y en estos dos casos podría entreverse o bien una responsabilidad personal del Registrador o, incluso, una propia responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de los servicios públicos. Según GARCÍA VILLAVARDE (27), quizá no hubiera venido mal una referencia a si se tratara o no de una responsabilidad por culpa; lo que en mi opinión no es necesario decirlo, pues siempre será aplicable el artículo 1.902 del CCom.

¿Quién es el perjudicado con derecho a resarcimiento por la discordancia que le hizo confiar en la publicación? Parece evidente que no puede ser el tercero, que claramente está protegido por el artículo 21.3 del CCom, sino el titular registral, el que abre una hoja registral en cumplimiento de un deber legal. Y es perjudicado el sujeto inscribible en la misma medida que es protegido el tercero de buena fe que puede aprovecharse de la discordancia en lo que le fuera favorable. Es lo que llama VICENT CHULIÁ (28) el riesgo de la publicidad registral; en este caso es el titular registral el que resulta perjudicado por la confianza en la apariencia que resulta de la publicación en el *BORME*, que disocia lo publicado y lo inscrito.

En definitiva, lo que pretende el Código de Comercio con esta norma es la protección a la seguridad del tráfico, y por eso la responsabilidad en caso de discordancia tiene que imputar el hecho de apariencia al titular registral por aquellos actos de publicidad legal obligatoria, objeto de publicidad positiva: sólo lo publicado es decisivo respecto a los terceros desde el punto de vista del sujeto inscrito. Pero está claro que sólo frente a terceros de buena fe. Si el tercero conoce positivamente la realidad que ha sido objeto de publicidad, aunque esta publicidad no coincida con lo inscrito ya no se precisa, como dice GÓMEZ SEGADE (29), que entre en juego el principio de protección de la seguridad del tráfico, y en consecuencia no es necesario ni posible acudir a las ficciones ligadas con la cognoscibilidad legal. Por eso, añade, la imputabilidad del hecho de apariencia no debe basarse en la culpa del titular registral, pues se perjudicaría gravemente la seguridad del tráfico si pudiera alegarse frente al tercero que la sociedad no es responsable de que la publicidad registral no refleje la realidad. La protección de la confianza de los terceros en los hechos de apariencia publicados en el *BORME* pone en un plano superior la apariencia registral que la posible imputabilidad de los efectos de la discordancia al titular

(27) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 8.

(28) VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I.1, 3.^a ed., Barcelona (1991), 138.

(29) GÓMEZ SEGADE, 39.

registral, que queda al margen del origen del perjuicio causado por la discordancia, pero no totalmente, pues según VICENT CHULIÁ (30) debe ser una imputabilidad por el riesgo que el titular registral asume razonablemente al servirse de la publicidad registral, y soportará el riesgo de que se produzca error en la transcripción de los datos del documento presentado.

Si la realidad fuese como piensa VICENT CHULIÁ, ello supondría una exasperación de los efectos de la publicidad material positiva, basada en la protección que brinda la publicación en el *BORME*; y sobraría la norma sobre la discordancia, que apunta claramente al derecho a ser resarcido el titular registral, sujeto perjudicado por la discordancia. El riesgo está en todo caso en la inoponibilidad de lo publicado respecto al tercero de buena fe, que ignorando la situación inscrita sólo tiene en cuenta lo publicado; y como de la discordancia resulta perjudicado el titular registral, debe ser resarcido por quien produjo la discordancia.

VII ARRASTRE DE PRINCIPIOS HIPOTECARIOS AL REGISTRO MERCANTIL

Creo muy posible que gran parte del confusionismo que reina en la publicidad mercantil venga causado por el arrastre de los principios hipotecarios que han querido trasladarse —*sic et simpliciter*— al Registro Mercantil sin tener debidamente en cuenta que si el Registro de la Propiedad versa sobre objetos inertes como son las fincas, que siempre permanecen, y se estructura sobre la base del folio real; por el contrario, el Registro Mercantil versa sobre sujetos inscribibles, se estructura sobre la base de folio personal y afecta a situaciones de gran movilidad, donde la rapidez es la tónica dominante del tráfico económico y donde el tiempo y su aprovechamiento al máximo es fuente segura de ganancias. Y en este sentido no pueden ser puestos en un mismo plano Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, ni tienen por qué coincidir los presupuestos esenciales —lo que llamamos genéricamente principios— en uno y otro Registro.

Un banco de prueba clarísimo de lo que acabo de decir lo tenemos en la publicidad material positiva con su esencial aspecto de oponibilidad de lo inscrito; en primer lugar, porque este efecto positivo no se deriva inmediatamente de la inscripción, sino de la publicación en el *BORME*. Parecería que no ha cambiado nada si tenemos en cuenta el artículo 20.2 del CCom: «La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho», a

(30) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, 139.

cuyo amparo puede seguir manteniéndose que el efecto positivo de la publicidad se deriva de la inscripción y no de la publicación. Y esto sería cierto si el Registro Mercantil se moviera con los mismos criterios del sistema inmobiliario registral, y en principio es válida la afirmación del artículo 20.2. Pero en el tráfico mercantil, donde la movilidad es la tónica dominante, ya no es tan cierto. Sí puede serlo respecto a los datos que la doctrina llama constitutivos, pero incluso respecto a éstos, en los casos en que haya discordancia entre lo inscrito y lo publicado, ya no lo sería. Que estos casos sean marginales, como pretende PAZ-ARES (31), no desvirtúa la desvalorización de la inscripción frente a la publicación, porque en este caso al tercero de buena fe que confía en el hecho de apariencia publicado no puede oponérsele el contenido de lo inscrito.

Pero con el artículo 3.5 de la Primera Directiva no sólo es oponible lo publicado, sino incluso lo no publicado si el titular registral prueba que el tercero lo conocía antes de la publicación. Y yo entiendo que es oponible incluso no lo inscrito, a tenor de la Primera Directiva, artículo 3.7: «Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los cuales no han sido aún cumplidas las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces», incorporando a nuestro sistema desde el punto de vista de la consideración de la buena fe del tercero en el artículo 21.4 CCom; o desde otro punto de vista sobre el que más tarde insistiré, la norma comunitaria contiene una manifestación expresa del principio de buena fe proyectada sobre la eficacia del conocimiento de hecho (32) que se superpone a la eficacia de la misma publicidad legal, tanto positiva como negativa.

De ahí que los principios hipotecarios trasladados al Registro Mercantil no sean perfectamente funcionales, o al menos, no con la virtualidad que tienen en el sistema inmobiliario, donde el principio de publicidad fue admitido como un eje cardinal del sistema desde la formulación de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con la matización de ROCA SASTRE que sustituye el término principio de publicidad por «principio de exactitud del Registro», y que obviamente se deriva de la propia publicidad de la inscripción derivada la legalidad de los títulos calificados por el Registrador, y que viene recogido en el artículo 20.1 del CCom.

Sin entrar en la polémica sobre si es adecuado o no hablar de principios hipotecarios (33), aunque sólo fueran entendidos como «notas que tiene o

(31) PAZ-ARES, 473.

(32) GARCÍA VILLAYERDE, *El Registro Mercantil español*, 2.

(33) Por la solución negativa se pronunciaba SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid (1948), 226 ss.; pero, por ejemplo, LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral*, 2.^a ed., Barcelona (1984), 48, los consideraba «rasgos fundamentales del sistema registral español».

debe tener un determinado sistema hipotecario» al decir de GARCÍA Y GARCÍA (34), no cabe duda que los redactores de la reforma del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil sí los han tenido en cuenta. Podría advertirse incluso en nuestro legislador una cierta visión hipotecarista al enfocar el tema registral mercantil, no sin ciertas disonancias. Tampoco puede decirse que fuera un tema totalmente nuevo, pues los reformadores de 1989 introdujeron como novedad formal más importante trasladar al Código de Comercio los principios generales de la publicidad registral que antes habían sido recogidos en el derogado RRM de 1956; y ya apuntó MENÉNDEZ (35) que, en buena parte, se ha procedido a un «traslado de esos principios tal como aparecían formulados en el Reglamento del Registro Mercantil (de 1956) a la nueva disciplina del Código de Comercio».

Y efectivamente el Código de Comercio da rango legal a una serie de los llamados «principios hipotecarios», que se reproducen además en el título preliminar del vigente Reglamento del Registro Mercantil, en mi opinión innecesariamente, aunque MENÉNDEZ (36) lo justifique no sólo por el propósito de que esos principios presidieran también la disciplina registral de carácter reglamentario («lo que abunda no daña»), sino también por la conveniencia de incorporar aquellos otros principios (significativamente, los de prioridad y tracto sucesivo) a la nueva disciplina registral. Pero precisamente a mi modo de ver, esto mismo implica una disonancia relevante, en el sentido que unos principios se legalizan (vienen contenidos en el propio CCom) y otros sólo tienen rango reglamentario (la prioridad y el tracto). Los principios que se legalizan son los de titulación pública (art. 18.1); legalidad (art. 18.2, con la significativa remisión de materia de recursos contra la calificación del Registrador Mercantil a los arts. 166 LH y 101 y 132 RH; art. 66 RRM); inscripción obligatoria (art. 19) salvo para los empresarios individuales (con la tradicional excepción del naviero). Este grupo de principios hacen relación a los presupuestos de la inscripción; el siguiente hace relación a los efectos de la inscripción: principio de legitimación (art. 20.1); de fe pública registral (art. 20.2); de publicidad material (art. 21.1); de publicidad formal (art. 23).

Si todos estos principios son aplicables directamente al sistema hipotecario, también lo son los de prioridad y tracto sucesivo, que, sin embargo, en su aplicación al Registro Mercantil no tienen reconocimiento legal, quedando relegados al inferior rango reglamentario (art. 10 y 11 RRM). ¿Es que son de menor alcance en la regulación del funcionamiento práctico del Registro

(34) GARCÍA Y GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Madrid (1988), 48.

(35) MENÉNDEZ, *La Primera Directiva*, 711.

(36) MENÉNDEZ, *La Primera Directiva*, 713.

Mercantil, como dice la Exposición de Motivos del RRM? Si son esenciales en el sistema inmobiliario, ¿no serán también esenciales en el Registro Mercantil? Y sobre todo, ¿por qué unos principios se recogen en el Código de Comercio y otros sólo en el Reglamento del Registro Mercantil? Una explicación podría ser la rapidez con que se abordó la reforma del Código de Comercio y la publicación del nuevo Reglamento del Registro Mercantil, ciertamente muy criticada por toda la doctrina mercantilista; otra, que el Reglamento no está cumpliendo siempre una mera función reglamentaria, sino que está completando a la Ley que en teoría debería desarrollar (37); incluso podría pensarse que el legislador se diera cuenta de las peculiaridades del tráfico mercantil en relación con el tráfico inmobiliario.

Me fijaré especialmente en los últimos principios a través de algunos casos de la vida diaria muy significativos. Es un dato empírico en la vida de las sociedades, regidas muchas de las anónimas españolas por Juntas Universales que nombran un administrador único, inscrito o no, pero que funcionan como tal en el tráfico, en base a la publicidad legal (si se inscribió) o a la publicidad de hecho (en caso de no inscripción), y aquel administrador muere y es sustituido por otro, que actúa igualmente en el tráfico. Supongamos que ni se inscribió su nombramiento ni su cese (cese que también es exigida su inscripción por el RRM); en este caso, ¿cómo aplicar el principio de tracto sucesivo? O el funcionamiento del principio de prioridad: ¿qué administrador se inscribe cuando es nombrado uno distinto por cada grupo que domina el 50 por 100 de la sociedad? ¿El primero que acceda al Registro? Si se inscribe éste, podrá contar con la publicidad legal; pero los terceros de buena fe que contraten con el otro, la buena fe les protege en base a la publicidad de hecho de su actuación (38). Señalo estos supuestos prácticos para poner de relieve la dificultad de arrastrar simplemente los principios hipotecarios al Registro Mercantil. No se trata de un Registro inerte, de bienes, sino de personas y actos económicos en constante movilidad, donde frecuentemente puede la publicidad de hecho sobre la publicidad legal. Tiene razón FERNÁNDEZ DEL POZO (39) al señalar que es discutible que tracto sucesivo (al menos en el sentido en que estamos acostumbrados a entender el tracto sucesivo) sea lo que el artículo 11 del Reglamento dice de él; añadiendo que incluso es discutible el desglose del macroprincipio de publicidad material (legalidad, fe pública y oponibilidad) en tres principios distintos.

(37) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 2.

(38) No veo tratado ninguno de estos temas en LANZAS, *Comentarios prácticos a la LSA y RRM en lo aplicable a dicho tipo societario*, Madrid (1991), a pesar del título de su obra.

(39) FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil; sujeto y función mercantil registral*, Madrid (1990), 15.

En este sentido, creo que puede afirmarse que debido al arrastre al campo mercantil de los principios hipotecarios se ha ido más allá de lo que imponía la Primera Directiva, que no exige titulación pública ni conoce la prioridad ni el tracto sucesivo. Pero el tema no es nuevo tampoco. Desde 1930, don JOAQUÍN GARRIGUES (40) ya había puesto de relieve este arrastre mimético de principios hipotecarios al sistema registral mercantil. Indudablemente, hay muchas similitudes entre Registro de la Propiedad y Registro Mercantil, pero no son instituciones gemelas, y al ser el Registro Mercantil un registro de personas, los principios hipotecarios no son tan fácilmente trasladables. GARRIGUES fue más lejos al señalar (41) que entre ambos Registros no hay razón alguna de analogía, salvo el dato común de ser instrumentos de publicidad. Salvo esto, todo son diferencias que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción. Del lado opuesto, URÍA (42) sigue partiendo al exponer la materia de lo que llama principios básicos de la publicidad registral, recogiendo los que hasta ahora se venían llamando principios hipotecarios. Es obvio que diga que en este punto me siento más cercano al pensamiento de GARRIGUES.

VIII. PUBLICIDAD MATERIAL NEGATIVA

Si la publicidad registral mercantil española es una publicidad legal y cualificada, de ello se han derivado dos grandes vertientes incluidas en la publicidad material: la vertiente positiva (sólo es oponible lo inscrito) y la negativa (lo no inscrito no perjudica a tercero). Y es precisamente en esta materia de publicidad material negativa donde se aprecian las mayores novedades de la reforma del Código de Comercio de 1989 de adaptación a las Directivas de la CEE.

La doctrina española (paradigma de la de don JOAQUÍN GARRIGUES) hasta hace poco no admitía la oponibilidad de lo no inscrito en ningún caso, ni aun frente al tercero de buena fe que invocara la falta de inscripción aunque conociera el hecho inscribible (43). Frente a esta tesis se alzó desde 1951 GIRÓN TENA (44), dando entrada a la exigencia de la buena fe en el tercero para poder invocar la protección derivada de la publicidad negativa del Registro, tesis posteriormente acogida por la doctri-

(40) GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI* (1930), 657 ss.

(41) GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7.^a ed., Madrid (1976), 702.

(42) URÍA, *Derecho mercantil*, 10 ed., Madrid (1992), 89.

(43) GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I, Madrid (1949), 504.

(44) GIRÓN TENA, «Las sociedades irregulares», *ADC* (1951), recogido en *Estudios de Derecho mercantil*, Madrid (1955), 125 ss.; *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid (1952), 361.

na (45) y hoy en la legislación, tomada de la Primera Directiva en el párrafo 4.º del artículo 21 CCom: «La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción».

Con esta dicción del artículo 21.4 se plantea frontalmente, de un lado, la colisión entre la publicidad de hecho y la publicidad registral, que, insisto, es esta última siempre publicidad legal; y de otro, la colisión entre la publicidad de hecho y los principios de legitimación y fe pública expresados en los artículos 20 del CCom y 7 y 8 del RRM. Especialmente interesante es el artículo 8 del RRM que recoge la fe pública:

Art. 8. La declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.

Se entenderán adquiridos conforme a Derecho los derechos que se adquieran en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro.

De mayor alcance el artículo 8 del RRM que el 20 del CCom, no deja de verse en el párrafo 2.º del texto reglamentario un eco de la doctrina del artículo 34 de la LH en conexión con el 32 del mismo texto legal, con lo que se incide una vez más en el arrastre de un enfoque hipotecarista en la redacción de los textos registrales mercantiles dentro de una pretendida analogía del tercero de buena fe en ambos sectores del Ordenamiento.

Dejando aparte la discusión sobre si el tercero hipotecario es sólo el tercero con los requisitos del artículo 34 de la LH y, obviamente, entre estos requisitos la buena fe, o si existen dos terceros, el hipotecario del artículo 34 y el tercero civil del artículo 32 de la LH (46) con la consecuencia de que el tercero civil es protegido en base a su buena fe, no afectándole la no inscripción de los títulos de dominio si ignoraba de buena fe la situación real, con lo que se abre un portillo a la protección de la buena fe frente a los pronunciamientos abstractos del mundo tabular, y dejando bien claro que no es lo mismo el tercero hipotecario que el tercero contractual, que es el que recibe la protección del Registro Mercantil, se hace evidente una distinta protección al tercero de buena fe en la LH que en el campo mercantil, donde la buena fe es un postulado imprescindible de la rapidez y

(45) Vid. por todos, MENÉNDEZ, «La buena fe y el Registro Mercantil», en el vol. *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Madrid (1972), 169 ss.

(46) Vid. la discusión en AMORÓS GUARDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los principios hipotecarios», *RCDI* (1967), 1.523 ss. Yo podría decir que si el tema de la inoponibilidad de títulos no inscritos y su relación con el principio de publicidad registral es fundamental en el Derecho inmobiliario registral, no lo es tanto en el campo registral mercantil.

seguridad del tráfico económico. Yo me voy a fijar fundamentalmente en el primer inciso del artículo 21.4 del CCom: «La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito»; en cuanto de los otros dos incisos, ya he tenido ocasión de exponerlos y ver sus consecuencias en líneas anteriores.

Por supuesto que este primer inciso, aparte de unos antecedentes doctrinales españoles que parten de GIRÓN TENA en 1951, obedecen en su redacción actual a la transposición patria de la Primera Directiva, artículo 3.5, y sobre todo del artículo 3.7: «Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces», del que se desprenden dos consecuencias: 1.^a La posibilidad que se concede a los Estados miembros de determinar cuáles sean las inscripciones constitutivas, dejando abierto el portillo a la trascendencia de unas inscripciones sobre otras (las constitutivas respecto a las llamadas declarativas, o meramente informativas, que aun inscribibles permiten predicar una diversa función del Registro Mercantil según la naturaleza de las inscripciones). 2.^a Que la Primera Directiva recoge una defensa rotunda del principio de la buena fe, que permite, por otra parte, sentar en algún caso la supremacía de la publicidad de hecho sobre la publicidad legal, o desde otro punto de vista, el debilitamiento de la publicidad registral frente a la publicidad de hecho, aunque este efecto descansa exclusivamente sobre la buena fe del tercero.

Con todo ello, la vertiente de la publicidad material positiva conocida hasta ahora sobre la base de la presunción absoluta del conocimiento de los hechos inscritos y la vertiente negativa de desconocimiento de lo no inscrito se invierten en favor del tercero de buena fe, que desde la vertiente positiva es protegido frente al hecho inscrito cuando pruebe su imposibilidad de haber conocido la inscripción, al menos durante la *vacatio* de quince días que impone el artículo 21.2 del CCom. Pero también este argumento de protección al tercero de buena fe puede invertirse; de hecho, y respecto a la doctrina italiana, ya lo hizo FERRI (47), que comentando el artículo 2.193 del CC italiano preveía que la empresa obligada a inscribir que no inscribía, igualmente era protegida frente al tercero que conociera el hecho no inscrito, con lo que puede llegarse a la paradoja de la protección (¿registral?) de los hechos no inscritos.

Desde luego que parece un abuso del lenguaje hablar de protección registral de hechos no inscritos, y no tengo inconveniente en admitirlo o decir que es una paradoja. Pero hablo de protección registral al tercero de

(47) FERRI, *Imprese soggette a registrazione*, en el comentario al Código Civil italiano dirigido por SCIALOJA-BRANCA, V, Bolonia-Roma (1964), 43.

buena fe que conoce los hechos sujetos a inscripción y no inscritos porque esa protección sólo se brinda frente a los hechos, actos e indicaciones inscribibles, es decir, frente a aquellos actos que teniendo trascendencia para el tráfico deberían haber sido inscritos y no lo fueron. El Registro protege por lo que dice y por lo que no dice; y en este caso se protege lo que no dice pero que debió haberlo dicho («actos sujetos a inscripción y no inscritos»). Precisamente porque debieron ser inscritos y no se inscribieron, porque se parte de la trascendencia del Registro Mercantil en torno a la publicidad de actos sujetos a inscripción, es lo que me permite hablar aunque sea de un modo indirecto de protección registral de hechos no inscritos. La protección de estos hechos no inscritos parte de su inscribibilidad; la sujeción a la inscripción no verificada es lo que conocido el hecho por el tercero le puede ser opuesto por el titular registral siempre que éste probara el conocimiento por el tercero de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, porque invirtiéndose los efectos de la publicidad negativa, prima el conocimiento de la publicidad de hecho sobre la publicidad legal. Pero por la misma razón, y ya lo apuntó FERRI, asimismo el titular registral puede oponer estos hechos no inscritos al tercero que los conoce. Por eso el tercero mercantil es distinto del tercero hipotecario. Tercero mercantil protegido es el tercero contractual, contratante directo con la sociedad o el empresario; no actúa la protección respecto a la conexión del tercero con bienes, porque el Registro Mercantil es un Registro de sujetos y no de bienes. No se protege al tercero adquirente de derechos o bienes de buena fe, que sería el caso del tercero hipotecario del artículo 34 de la LH, sino que el tercero mercantil es el que está en relación de negocios con el sujeto inscribible o el titular registral que estaba obligado a inscribir y no lo hizo. Insisto en que aunque parezca una paradoja, y de hecho lo es, puede hablarse de protección registral de hechos no inscritos, porque precisamente la falta de inscripción de hechos que requieren su ingreso en el Registro, del hecho negativo de no haberse practicado la inscripción, siempre que el hecho fuera conocido por el tercero y se probara este conocimiento, trasciende para él como si el hecho hubiera sido inscrito. No se deriva su protección de su inscripción, que no se verificó, sino de la consecuencia negativa de su no inscripción, y en este sentido es el Registro y la protección que éste entraña lo que sigue gravitando sobre la protección de los hechos no inscritos. La buena fe del tercero le permite aprovecharse de la publicidad negativa respecto a lo no inscrito, pero si se prueba su conocimiento de los actos sujetos a inscripción y no inscritos, la no inscripción del acto que debió ser inscrito no es indiferente para el tercero, a quien el titular registral que no inscribió le podrá oponer igualmente el hecho no inscrito. Diríase que en este caso la publicidad negativa del Registro se transforma en positiva respecto al hecho no inscrito que debió inscribirse, protección

que se basa sobre el conocimiento del acto que debió inscribirse. Prima ahora la cognoscibilidad de hecho sobre la cognoscibilidad legal. Si apurásemos los términos podríamos decir apurando el razonamiento que en estos casos lo que sobra es la inscripción y el propio Registro, pero esto sería una idea falsa; precisamente si hay protección para el acto sujeto a inscripción y no inscrito es porque debió inscribirse y no se hizo conociendo el tercero esta circunstancia. La protección en este caso se deriva de la propia eficacia del Registro que pone al acto no inscrito bajo el mismo manto de protección que si hubiera sido inscrito. A primera vista parece una paradoja que pueda hablarse de protección registral de hechos no inscritos, pero creo que al menos sobre un plano lógico puede hacerse; diría que en estos casos el Registro proyecta su protección más allá de la mera inscripción; que protege la inscribibilidad de los actos sujetos a inscripción aunque no hubieran sido inscritos efectivamente; es la inscribibilidad lo que se protege, siempre que el acto sujeto a inscripción y no inscrito hubiera sido conocido por el tercero. Por eso el tercero de buena fe puede aprovecharse tanto de la inscripción, aunque ésta no reflejara la realidad de hecho, como de ésta misma cuando no se hubiera inscrito; es el derecho de opción del que hablábamos hace poco en favor del tercero de buena fe y que, desde luego, constituye una de las aporías de la reforma. Acaso tenga razón VICENT CHULIÁ (48) al concluir que la publicidad registral mercantil protege con sus medios la buena fe, pero no pretende impedir que se proteja la buena fe en el tráfico con mayor intensidad. Esta mayor intensidad en la protección al tercero de buena fe es lo que trasciende para éste respecto al conocimiento de los hechos no inscritos.

Esta dinámica lo que pone de relieve en un primerísimo lugar es el papel determinante de la buena fe, cuya protección se pone por delante de la misma publicidad legal. Si ésta protege hechos de apariencia y la protección es máxima cuando coinciden la realidad y la inscripción, del mismo modo se protege la apariencia, aunque no estuviera inscrita, respecto al tercero de buena fe. Está claro que la misión del Registro es proteger la confianza de los terceros en los hechos de apariencia, en lo inscrito y en lo no inscrito, en lo que dice y en lo que no dice el Registro; pero no es suficiente esta eficacia registral abstracta en el tráfico económico, donde la movilidad del tráfico va más rápida que los pronunciamientos registrales, y de ahí que la buena fe se ponga como criterio determinante en cuanto al conocimiento de los actos sujetos a inscripción aunque no se inscribieran, conocimiento del que se deriva la misma trascendencia que si el hecho hubiera sido inscrito, salvo que la inscripción fuera determinante para producir los efectos derivados de la inscripción (art. 8 RRM), y aun esto sería

(48) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, 148.

discutible, como demuestra la *praxis* diaria a propósito de las sociedades irregulares.

Cae por tierra con ello el principio de inoponibilidad de lo no inscrito cuando se pruebe que el tercero conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, en cuyo caso sí le es oponible. Es lo que ha visto desde otro ángulo PAZ-ARES (49) al afirmar que se ha robustecido la posición del tercero, puesto que en materia de publicidad negativa se exige lo máximo para destruir su ignorancia, mientras que en materia de publicidad positiva se exige lo mínimo para proteger su confianza. Pero se queda corto PAZ-ARES cuando alega que se maximizan las cautelas para destruir la buena fe (publicación en el *BORME*) y se minimizan las necesarias para fundar la apariencias (inscripción en el Registro). Y se queda corto porque la buena fe se destruye no sólo por la publicación en el *BORME*, sino cuando se pruebe que el tercero conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, que le puede ser opuesto. Y llegados a esto punto, la publicidad material negativa del Registro sobre los hechos no inscritos se convierte en publicidad positiva de hecho con la misma trascendencia que la publicidad legal: oponibilidad de lo no inscrito conocido por el tercero, conocimiento que prima la publicidad de hecho sobre la legal.

Esta norma sí supone una auténtica novedad en nuestro Ordenamiento, proporcionando a los terceros el derecho a servirse de los actos no publicados; con ello se rompe la visión tradicional de la publicidad material negativa, exigiéndose para superarla el conocimiento efectivo por el tercero de los hechos no inscritos, hechos que le son oponibles en este caso; pero también es válido el caso inverso: los terceros pueden hacerlos valer contra el titular que no inscribió. La consecuencia última es evidente: el tercero que conoce extrarregistralmente los hechos no inscritos no puede aprovecharse de la eficacia de la publicidad negativa.

Todo esto plantea un tema de gran trascendencia que había sido examinado en la doctrina alemana por KARSTEN SCHMIDT (50), que consiste en si la protección de la confianza derivada de la apariencias puede ser más intensa que la derivada de la publicidad legal. Este es el sentido de que quien provoca una apariencias jurídica (por ejemplo, escrituras de sociedad no inscritas conocidas por los terceros) que es más fuerte que la publicidad registral, queda vinculado a las consecuencias (responsabilidad dice K. SCHMIDT, *Haftung*) derivada de la confianza en esa apariencias de hecho. Y es esta doctrina alemana la que inspira la Primera Directiva, en la que como ya apuntó RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (51) se parte del convencimiento de que la

(49) PAZ-ARES, 473.

(50) SCHMIDT, *Handelsrecht*, 2.^a ed., Colonia-Berlín-Munich (1982), 291 ss.; 310 ss.; *vid.* también CAPELLE-CANARIS, *Handelsrecht*, 21 ed., Munich (1989), 47 ss.

(51) RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 40.

protección derivada de la apariencia sólo debe entrar en juego de forma complementaria, pero nunca sustitutiva de la publicidad de hecho.

No me parece que esto sea así exactamente, al menos en la transposición española de la Primera Directiva en el artículo 21 del CCom. De admitir aquella tesis, creo que se desvalorizaría totalmente la función del Registro Mercantil, donde es evidente que la publicidad legal tiene trascendencia por sí misma; es oponible por la propia eficacia de la inscripción, con la salvedad de que los terceros probaren que no pudieron conocer la inscripción (hoy la publicación en el *BORME*) dentro de los quince días siguientes a la publicación. Y si los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el *BORME*, la Ley se vio obligada a señalar qué se entiende por buena fe, destruyéndose la misma en los tres casos del artículo 21.4. En el Código de Comercio prima la publicidad legal, pero este efecto se sustituye por la publicidad de hecho cuando el tercero conociera el acto sujeto a inscripción y no inscrito. Y aquí no vale probar que el tercero no tuvo posibilidad de conocer los hechos objeto de publicidad registral, puesto que no habían sido inscritos. Estos hechos que entrarían en la publicidad negativa y que beneficiarían al tercero, que debe confiar en lo que dice y en lo que no dice el Registro, es lo que está a la base de la presunción absoluta de conocimiento de los datos registrales que contemplan los párrafos 1 y 2 del artículo 21 del CCom; pero ahora la presunción contraria de que estos hechos inscribibles si no se inscriben no son conocidos por los terceros no es una presunción absoluta, sino relativa, en cuanto que los terceros que podían ignorar la situación extrarregistral, si se prueba que los conocen, están afectados por esta publicidad de hecho. Ciertamente que el Código de Comercio parte de la presunción de desconocimiento por el tercero de la situación extrarregistral, por lo que hay que probar el conocimiento del tercero de la situación de hecho; pero probado esto, es la publicidad de hecho la que afecta al tercero y no la publicidad registral que no se ha practicado, aunque de un modo indirecto se produzca una protección registral de hechos no inscritos en el sentido que hemos dicho anteriormente.

Con ello se invierte totalmente la eficacia de la publicidad negativa. Lógicamente, el Código de Comercio sigue primando la inscripción como eje del sistema de la publicidad legal, y el Registro protege al tercero de buena fe que actúa conforme a los hechos de apariencia publicados; esta confianza en los datos publicados es lo que engendra seguridad en el tráfico. El problema se plantea cuando no existe inscripción; aquí es donde entra en juego la buena o mala fe del tercero que puede acogerse a la publicidad negativa, que podría tener consecuencias injustas para el tercero de mala fe que conociera la situación extrarregistral. Y esto es lo que pretende evitar el primer inciso del artículo 21.4, que pretende evitar que este tercero se

aproveche de la publicidad negativa registral, siguiendo una interpretación doctrinal que en España arranca de las formulaciones de GIRÓN TENA. La prueba del conocimiento de la situación extrarregistral (escrituras de sociedad, poderes no registrados) sustituye la falta de declaraciones inscritas; prima la realidad sobre el Registro, y el titular registral que no inscribió puede oponer estos hechos al tercero probando su conocimiento.

El Registro protege al tercero de buena fe; éste sí puede aprovecharse de la publicidad registral negativa; pero las declaraciones legales (art. 21.4 CCom) no permiten que el tercero de mala fe pueda aprovecharse de ella. Y en este sentido, como vio GÓMEZ SEGADE (52), el juego de la buena fe modula el automatismo de la publicidad legal, que, ciertamente, elimina la seguridad absoluta del sistema anterior. Pero también esta nueva visión protege al tercero de buena fe, que puede aprovecharse de los hechos sujetos a inscripción y no inscritos, o como dice el artículo 3.7 de la Primera Directiva, de aquellos actos e indicaciones respecto de los que aún no se hayan cumplido las formalidades de publicidad, salvo que la falta de publicidad los convierta en ineficaces. Esto es lo que ocurría con la inscripción primera de las sociedades, inscripción constitutiva, pues de ella dependía la adquisición de personalidad jurídica. Es lo que señala el último inciso del artículo 21.1 del CCom: «Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», tema que se plantea respecto a otros actos inscribibles, como el administrador nombrado e inscrito cuya revocación no consta.

Llegados a este punto, el tercero de buena fe puede optar por atenerse a la situación registral con toda la fuerza que dimana de la publicidad legal o invocar el conocimiento de la realidad producida fuera del Registro; o para expresarlo con mayor crudeza, podría invocar en su favor el hecho ficticio inscrito o la autenticidad extrarregistral, doble opción que, según GÓMEZ SEGADE, impedirá al tercero volverse atrás cuando haya elegido una de ambas, e igualmente indefendible según VICENT CHULIÁ (53) por contrario al principio de buena fe que inspira precisamente la protección legal al tercero registral, que el tercero pueda apoyarse en parte en la situación publicada en el *BORME* y en parte en el contenido del Registro o en hechos extrarregistrales.

Si apurásemos hasta sus últimos extremos estos argumentos, la última consecuencia de todo ello sería la innecesariedad del Registro cuando el tercero conoce la realidad extrarregistral. No llega tan lejos GÓMEZ SEGADE, pero sí parece subyacente esta tesis (54) cuando dice que «si el tercero conoce positivamente la realidad que ha sido objeto de publicidad legal ya no se precisa que entre en juego el principio de protección de la seguridad

(52) GÓMEZ SEGADE, 45.

(53) VICENT CHULIÁ, *Compendio*, I.1, 146.

(54) GÓMEZ SEGADE, 39.

del tráfico, y en consecuencia ya no es necesario —ni posible— acudir a las ficciones ligadas con la cognoscibilidad legal». Lo que GÓMEZ SEGADÉ plantea como perfecta concordancia entre realidad y Registro, si se lleva a sus últimas consecuencias, hace innecesaria la publicidad registral, siendo suficiente la publicidad de hecho.

Pero yo parto del postulado de que la protección sólo puede entenderse desde las referencias registrales, y de ahí la paradoja de hablar de protección registral de hechos no inscritos. Citaré algunos ejemplos muy sintomáticos: el poder conferido para contratar con determinadas personas inscrito en el Registro, si se revoca la representación y se comunica a aquellas personas (art. 1.734 CC) la notificación permite a éstas prescindir de la cancelación registral del poder; es cuando aquellas personas no conocen la revocación por no haber sido inscrita o cuando tienen conocimiento de la revocación en la realidad extrarregistral cuando se plantea el choque entre realidad y Registro y entra en juego la buena o mala fe de aquellos terceros en orden a las consecuencias del acto sujeto a inscripción y no inscrito. Pero inscrito el conferimiento del poder, el tercero de buena fe que conoce su revocación puede aprovecharse de la publicidad de hecho sobre la declaración registral de subsistencia del poder. Y es en este sentido en el que hablo de protección registral de hechos no inscritos: se trata de actos e indicaciones inscribibles no inscritos que se superponen sobre otros actos e indicaciones inscritas, cuya protección se extiende al tercero de buena fe que los conociera extrarregistralmente, del mismo modo que se priva de esta protección al tercero de mala fe que pretendiera aprovecharse de la discordancia entre realidad y Registro. Es una protección que dimana de una realidad contraria a las declaraciones registrales, que la propia Ley protege en base al principio de la buena fe; la protección que se brinda va más allá de las mismas declaraciones registrales para cubrir una situación extrarregistral contraria, pero que la buena fe la cubre en base a los mismos pronunciamientos del Registro superados por la realidad extrarregistral. Es esta superación o yuxtaposición de los pronunciamientos registrales, y que se producen por la vía de hecho, al margen del Registro, la que es protegida por el artículo 21.4 del CCom en base a unos hechos contrarios no inscritos, pero cuya protección deriva precisamente de la declaración registral opuesta, siempre que el tercero actuara de buena fe.

En este orden de cosas puede decirse que hay hechos de apariencia notorios, como el factor de los establecimientos mercantiles, cuya persistencia en el cargo, aunque haya sido revocado, lo convierte en hecho de apariencia que se superpone a la realidad registral. El propio Código de Comercio contiene toda una serie de normas que protegen la confianza de los terceros en hechos de apariencia específicos, definidos legalmente o por vía consuetudinaria, que se superponen sobre las normas reguladoras de la

publicidad registral, lo que ya había sido puesto de relieve por la doctrina alemana y en España por GIRÓN TENA y, luego, por MENÉNDEZ (55), para quien el tercero protegido por el Registro Mercantil es no sólo quien no ha intervenido en el acto o contrato inscribible, sino también el que ignora el acto no inscrito.

El primer inciso del artículo 24.1 protege la buena fe del tercero que confía en los pronunciamientos registrales, pero su buena fe se destruye por la prueba de su conocimiento del acto sujeto a inscripción y no inscrito. El Código de Comercio parte de la presunción del desconocimiento por el tercero de la realidad extrarregistral. No se le puede imputar al tercero la obligación de conocer aquella realidad; basta para el de buena fe con las declaraciones del Registro, pero si se prueba que la conocía, cae su buena fe y debe pasar por la realidad extrarregistral, que es la que protege el artículo 21.4. Por tanto cabe oponibilidad por el conocimiento de la publicidad de hecho que se produce en el tráfico frente a lo inscrito en el Registro (56); cae la publicidad material negativa: la confianza del tercero en lo que no dice el Registro, para primar la publicidad de hecho, siempre que la empresa (normalmente una sociedad) pruebe el conocimiento de ésta por el tercero, como cae también la publicidad positiva; confianza del tercero en lo que dice el Registro, superada por la realidad extrarregistral conocida.

Ciertamente que en el Código de Comercio no está formulado con claridad el efecto negativo de la publicidad. Da la impresión que nuestros legisladores siguieron demasiado cerca las tesis germánicas recogidas en la Primera Directiva y su trasposición a la legislación española no me parece particularmente acertada, al permitir hablar de publicidad negativa sólo *a sensu contrario* de lo que se expresa en el artículo 21 del CCom y 9 del RRM.

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano

(55) MENÉNDEZ, *La buena fe*, 180.

(56) GARCÍA VILLAVARDE, *La reforma*, 8.