

La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil español*

SUMARIO: I. LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA DE NUESTRA DISCIPLINA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL: 1. PERMANENCIA DEL SISTEMA REGISTRAL. 2. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LEY DE 21 DE JULIO DE 1973. 3. LA ADAPTACIÓN A LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA RECOGIDA EN LA LEY DE 25 DE JULIO DE 1989. 4. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 29 DE DICIEMBRE DE 1989.—II. LA INSCRIPCIÓN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL: 5. EL OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. 6. LA INSCRIPCIÓN DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL: A) La «expansión» de esta inscripción subjetiva en la reciente reforma. B) El supuesto carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual. C) Publicidad de los datos identificadores de la inscripción e inscripción obligatoria. D) La obligatoriedad de la inscripción del naviero.

I. LA PRIMERA DIRECTIVA Y LA REFORMA DE NUESTRA DISCIPLINA SOBRE EL REGISTRO MERCANTIL

1. El Registro Mercantil, tal vez la institución más renovada o modernizada por el Código de Comercio de 1885, ha permanecido con una disciplina legal sustancialmente estabilizada durante más de cien años. En las últimas décadas no ha estado libre, sin embargo, de ciertos cambios importantes. La adaptación de nuestro Derecho de sociedades a las Directivas de la Comunidad Económica Europea —de modo más concreto, a la Primera Directiva relativa a la publicidad de la sociedad— ha conducido últimamente a una revisión particularmente notable de la normativa registral. Entiendo, no obstante, que el impulso del perfeccionamiento técnico que inspiró la regulación del Código de Comercio, al configurar el Registro como un instrumento moderno de la publicidad legal mercantil, continúa vivo. A mi juicio, los cambios operados en los últimos años en su disciplina

* Escrito para los Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. D. José Girón Tena.

sólo pueden ser entendidos como una renovación acorde con las nuevas necesidades o los nuevos adelantos técnicos, pero no como una alteración radical de los principios o líneas maestras del sistema registral consagrado en el viejo Código de 1885.

2. En algún otro momento he tenido ocasión de indicar que, con posterioridad a la publicación del Código de Comercio, la reforma más relevante, tanto por su rango legal como por las innovaciones que introdujo, fue la recogida en la Ley de 21 de julio de 1973 que, como es sabido, modificó los títulos II y III del libro primero del Código de Comercio, relativos al Registro Mercantil y a los libros de contabilidad de los comerciantes o empresarios mercantiles. En materia de Registro, que es la que ahora interesa, la reforma de 1973 afectó fundamentalmente a los artículos 16, 17, 19 y 30 del Código en los términos que se indican a continuación:

A) En materia de «objeto de la inscripción», la revisión de los artículos 16 y 17 se extiende a los siguientes puntos: se introdujo la expresión «empresarios mercantiles individuales» para referirse a los comerciantes; se añadió a la palabra «sociedades» los términos «mercantiles e industriales»; se mantuvo la inscripción *potestativa* del empresario mercantil individual, ahora «salvo disposición en contrario»; se acentuó la *tendencia expansiva* del Registro Mercantil, abriendo la inscripción a «cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dediquen habitualmente al comercio, cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos»; y se trató de consolidar la estructura bifronte del Registro Mercantil, como Registro de personas y bienes, al mantener dentro de este Registro la inscripción de buques y admitir, a su lado, la inscripción de aeronaves, en uno y otro caso siempre que «se destinen o puedan destinarse a fines mercantiles o industriales» (v. también el art. 22).

B) En relación con algunos aspectos más funcionales que sustantivos, es decir, la mecánica registral interna, el párrafo final del artículo 16 consagró la posibilidad de crear Registros Mercantiles fuera de las capitales de provincias «en las poblaciones donde reglamentariamente se establezca por necesidades del servicio»; y el artículo 19 dio una respuesta moderada a la necesidad de facilitar la mecanización del Registro, disponiendo que, con excepción del Diario de presentación que se llevará siempre en libros encuadernados y foliados, los demás libros podrán llevarse, bien en esta forma tradicional, bien «en los que se formen por incorporación sucesiva de folios o por otros procedimientos que determine el Reglamento, el cual establecerá las adecuadas garantías».

C) Siguiendo el modelo de otras legislaciones en materia de publicidad registral, se arbitraron «eficaces complementos del sistema» en un

triple sentido: a) Creación de un Registro Central «de carácter informativo», bajo la dependencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, confiando al próximo Reglamento del Registro Mercantil su «alcance y funcionamiento» (párrafo final del art. 16). b) Publicación de un *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, «en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el Reglamento determine, y en el que se insertarán, además, aquellos anuncios y avisos que establezcan las disposiciones en vigor» (párrafo segundo del art. 30); es ésta una norma que venía a satisfacer una vieja necesidad denunciada hacía años por GARRIGUES («El Registro Mercantil en Derecho español», *RCDI*, 1930, págs. 757 y sigs.) y reiteradamente recordada por la doctrina. c) Y, finalmente, introducción del deber de las sociedades y los comerciantes o empresarios individuales inscritos de «hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificadores de su inscripción en el Registro» (párrafo último del art. 30) (me refiero más ampliamente al tema en *El Registro Mercantil español*, Madrid, 1975, págs. 128 y sigs.).

Es una lástima que el decidido empeño de aquella reforma de 1973 en hacer más efectiva la publicidad formal del Registro mediante la creación del Registro Central y la publicación del *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no se hubiera visto coronada por el éxito. La experiencia que hubieran proporcionado esos «eficaces complementos del sistema», aunque sólo lo fueran con una finalidad informativa, hubiera sido de singular interés en este momento, en que, por imperativo de la adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva, necesariamente hemos tenido que enfrentarnos a la puesta en marcha del Registro Central y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, para dar entrada a un sistema registral en el que los efectos de la publicidad quedan vinculados en no pequeña medida a la publicación de los datos relativos a los actos inscribibles en el referido *Boletín*. La reforma del anterior Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 se retrasó considerablemente, y en esa espera naufragó el propósito de introducir en nuestro Derecho esas piezas esenciales de la reforma del Código de Comercio de 1973, el Registro Central y el *Boletín*, que han tenido que ser creados ahora con cierta urgencia y sin las enseñanzas que hubiera proporcionado una experiencia debidamente contrastada.

3. La última y más significativa revisión de la disciplina registral del Código de Comercio, superior a la operada en 1973, es, sin duda, la que ha venido a introducir la Ley de 25 de julio de 1989 sobre «reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades». Más concretamen-

te, la adaptación de aquella normativa registral ya referida —como ya se ha indicado— a la Primera Directiva de 9 de marzo de 1968, tendente a la armonización de la disciplina de los distintos Estados miembros sobre sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones; una armonización «para proteger los intereses de socios y terceros», y que contempla tres cuestiones sustanciales: la publicidad de la sociedad, la validez de los compromisos contraídos en su nombre y la nulidad. Es la primera de estas cuestiones la que ha planteado la necesidad de proceder a la adaptación de la normativa del Código de Comercio en materia de Registro Mercantil (título II del libro primero) [sobre el alcance de la Primera Directiva y la adaptación de nuestro ordenamiento, ver últimamente, más ampliamente, GARCÍA VILLAVEDE: «El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el Derecho comunitario», *La Ley*, 31 de diciembre de 1985, págs. 1 y sigs.; «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (primera y segunda directrices)», en AA.VV., *Tratado de Derecho comunitario europeo*, III, Madrid, 1986, págs. 203 y sigs., puesto al día en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 5 de junio de 1989, págs. 31 y sigs.; «El Registro Mercantil y su reforma ante el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 3 de septiembre de 1988, págs. 47 y sigs.; GÓMEZ SEGADÉ: «La publicidad de las sociedades de capital: la reforma del Derecho registral mercantil», en AA.VV., *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid 1987, págs. 21 y sigs. JIMÉNEZ DE LA PEÑA: «La nueva regulación del Registro Mercantil», en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, dirigido por QUINTANA CARLO, Zaragoza, 1989, págs. 27 y sigs.; PAZ ARES: «La reforma del Registro Mercantil», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de marzo de 1990, págs. 1306 y sigs.].

Esta adaptación podía seguir uno de estos dos caminos: bien atenerse estrictamente a la acomodación de nuestra disciplina de la publicidad registral mercantil en cuanto se viera afectada por las normas de la Directiva; bien aprovechar la necesidad de la adaptación para proceder a una reforma global del título II, del libro primero, del Código de Comercio. La «Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materias de sociedades», elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 5 de octubre de 1987), se inclinó claramente en favor de la primera orientación. A pesar de que en la exposición de motivos se proclamaba, con carácter general, el propósito de seguir la opción tomada en favor de «una adaptación que signifique, no sólo la incorporación estricta del contenido de las Directivas, sino además una

nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que esas Directivas afectan» (la llamada «técnica de los capítulos»), es lo cierto que en materia de publicidad mercantil la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» se atuvo a la adaptación en sus términos más estrictos. Es verdad que en el articulado relativo a la sociedad anónima no faltaban algunas novedades relevantes (recuérdese el artículo 7.º del «artículo tercero» de la «Propuesta» sobre los pactos «que se mantengan reservados entre los socios», o el artículo 9.º sobre los «efectos de la falta de inscripción» de la escritura de constitución, de gran interés positivo para la distinción que allí aparecía entre sociedad en constitución y sociedad irregular, y para precisar algunos efectos de esta última); pero en lo sustancial, la adaptación se centró —siguiendo a la Directiva— en las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comandataria por acciones, para referir a esos tipos de sociedad exclusivamente el régimen de publicidad legal fundado en la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*. De este modo, la publicidad legal se instrumentaba a través de un doble sistema: este *sistema de la publicación*, imperativamente importado por razón de la adaptación de la Directiva, aplicable solamente a las sociedades de capitales, y el vigente *sistema de la inscripción*, que seguiría siendo aplicable a los demás sujetos inscribibles.

Este criterio de adaptación fue objeto de una censura bastante generalizada. Ya con anterioridad a la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» se había indicado que, si bien la reforma de la publicidad registral limitada a las sociedades capitalistas, se acerca a una reforma global «porque el Registro Mercantil básicamente es un Registro de sociedades de capitales», no es aconsejable, por no tener demasiado sentido y ser perturbador para el tráfico «mantener dos regímenes registrales distintos en atención a la clase de empresarios de que se trate» (v. GARCÍA VILLA VERDE: *El Registro Mercantil español...* cit. pág. 4). La crítica de la solución dualista —sistema de publicación y sistema de inscripción— se extendió, lógicamente, tras la publicación de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley». Se estimó que esa coexistencia de sistemas de publicidad no era conveniente ni oportuna (v. A. ROJO: *Los problemas de adaptación del Derecho español al Derecho comunitario en materia de sociedades anónimas*, inédito, págs. 28 y sigs.), y se puso el acento en esa línea que siguió la «Propuesta», para hablar irónicamente de la «cohabitación» de sistemas de publicidad, calificar ese doble sistema de publicidad legal como «injustificado, inoportuno e incoherente», y terminar afirmando que tal coexistencia de sistemas es «el punto más criticable de la reforma proyectada en materia de publicidad registral» (GÓMEZ SEGADE: *La publicidad de las sociedades de capital...*, cit., págs. 28 y sigs.).

En alguna otra ocasión tuve la oportunidad de manifestar mis reservas

ante el temor de que la normativa de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» produjera una decidida crítica del camino seguido en la adaptación al dar entrada a una «coexistencia de los dos sistemas» (v. «Introducción», en AA.VV., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 26). No es fácil, en efecto, que esa fórmula pudiera prosperar. Cabe pensar, en descargo de la solución adoptada por la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», en la influencia ejercida por ciertos argumentos: la creencia en la superioridad del sistema de inscripción que impulsaba a reducir a sus estrictos términos la adaptación; la polémica suscitada por la adaptación de la Primera Directiva en otros países, especialmente Francia e Italia; los reparos que en esos mismos países se habían opuesto a un sistema de publicación en el *Boletín Oficial* correspondiente, con efectos no sólo informativos, sino de publicidad material, frente a terceros, de los hechos inscritos; las mismas reservas existentes acerca de la inseguridad en los efectos de la publicidad producida por la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, cuestión que en ciertos países, concretamente en Italia, había generado no pocas críticas, y la lógica resistencia a una generalización del sistema de publicación en un momento en que, por las razones expuestas, se pensaba que parecía más aconsejable, antes de esa generalización, valorar en su momento los resultados de la aplicación del sistema de publicación impuesto por la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva (para una referencia a los problemas que planteó la adaptación en otros ordenamientos, v. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «La publicidad legal de la sociedad anónima europea», en AA.VV., *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, págs. 70 y sigs.). Pero, como se percibe, ninguno de estos argumentos contó con suficiente fuerza para resistir la crítica razonada de la doctrina ante lo que se calificó como incoherencia o inoportunidad del doble sistema de publicidad.

A la postre, pues, ha terminado por prevalecer el segundo de los caminos antes enunciados. La reelaboración de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», llevada a cabo por el propio Ministerio de Justicia y que afectó a algunas materias o puntos importantes de la misma, introdujo cambios sustanciales en la reforma de la disciplina registral. Este «Anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades», que lleva fecha de 19 de enero de 1988 (en lo sucesivo, «Anteproyecto del Ministerio de Justicia»), provocó muy amplia polémica en temas concretos del Derecho de sociedades, pero no en el ámbito del Registro Mercantil. A pesar de que —como decimos— los cambios fueron sustanciales. Tanto, que aquí sí se puede afirmar que se cumplió aquel propósito enunciado en la «Propuesta de Anteproyecto de Ley» de la Sección de Derecho mercantil, en el

sentido de llevar a cabo «una adaptación que signifique, no sólo la incorporación estricta del contenido de las Directivas, sino, además, una nueva regulación sistemática y completa de aquellas cuestiones a las que esas Directivas afectan»; palabras que se mantuvieron en la exposición de motivos del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia». Por un lado, la «adaptación» contemplaba, en efecto, diferentes aspectos de la Directiva comunitaria, pero ha de destacarse que, sobre todo, dio un paso decidido en materia de publicidad, al extender el sistema de publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, con efectos de publicidad material, a todas «las escrituras y demás actos y documentos sujetos a inscripción». De otro lado, la «reforma» afectaba a muy diferentes puntos de la disciplina, pero si hubiera que destacar aquí también algún aspecto, habría que hacerlo, sin duda, con la materia relativa al «objeto de la inscripción»; y, quizá, de modo especial, con la novedad que supuso el propósito de constituir «Registros independientes» con «los libros de buques y aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles». En todo caso, hemos de decir, a modo de conclusión crítica, y con independencia de la discusión que generó este o aquel punto concreto de la nueva regulación proyectada, que en esta materia del Registro Mercantil el camino emprendido por el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», en relación con el iniciado en la «Propuesta» de la Sección de Derecho mercantil, ganaba en coherencia interna y daba algunos pasos decididos y necesarios para una mejora técnica de la disciplina registral.

En materia de Registro esa disciplina del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia» se mantendrá casi totalmente al convertirse en «Proyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades» por acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de abril de 1988. Si se exceptúan las modificaciones introducidas en el artículo 16.3.º para referirse expresamente a algunas entidades sujetas a inscripción, en el artículo 17 para suprimir el párrafo segundo sobre la llevanza de los Registros Mercantiles por los Registradores de la Propiedad, y en el artículo 24 sobre la publicación de los datos identificadores de la inscripción de los empresarios y sociedades inscritas y la atribución al Ministerio de Economía y Hacienda (y no al Ministerio de Justicia) de la instrucción del correspondiente expediente sancionador (en caso de incumplimiento de aquella obligación de publicación en la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas), se puede afirmar que la normativa del Proyecto en materia registral reproduce prácticamente de modo literal la ordenación recogida en el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia».

Algo muy distinto es lo que sucede al paso del Proyecto por el Congreso, y muy especialmente por el Senado, hasta convertirse en la Ley de 25

de julio de 1989. No se trata de ningún cambio sustancial en la orientación del sistema registral, pero sí de modificaciones importantes que en su conjunto han venido, a mi juicio, a mejorar técnicamente la disciplina legal sobre la materia. Como se ha señalado recientemente, la tramitación parlamentaria vino a «robustecer, en todos los órdenes, la relevante misión que tiene encomendada el Registrador Mercantil y procurar una más articulada inserción del mismo en el tejido institucional de nuestro sistema económico» (PAZ ARES, *oh. cit.*, págs. 1307 y sigs.). En todo caso, las modificaciones incorporadas en el curso de la discusión parlamentaria del Proyecto han sido tan notables que ni uno solo de los artículos ha quedado libre de alguna alteración. Así se advierte ya en el artículo 16, con algunos cambios en la enumeración de las entidades sujetas a inscripción, y la incorporación en su número 2 de la oportuna referencia a la competencia del Registro Mercantil en cuanto a «la legalización de los libros de los empresarios, el depósito y la publicidad de los documentos contables y cualesquiera otras funciones que le atribuyan las Leyes». Y así sucede también con el artículo 17, que da una nueva redacción al artículo 17 del Proyecto, e incorpora la declaración sobre el cargo de Registrador, en el sentido de que «se proveerá de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

Pero la novedad formal más relevante consiste en haber dado rango legal a los principios básicos de la publicidad registral. En buena parte se ha procedido a un «traslado» de esos principios, tal como aparecían formulados en el Reglamento del Registro Mercantil, a la nueva disciplina del Código de Comercio. Así se percibe en varios de sus preceptos que se refieren, de un lado, a los presupuestos de la inscripción y, de otro, a los efectos de la inscripción. En relación con los presupuestos de la inscripción aparecen los siguientes preceptos: A) El artículo 18.1, que consagra, como regla general, el principio de titulación pública (inscripción en virtud de documento público) (art. 8 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, aunque allí por referencia a la «escritura pública o documento judicial o administrativo»). B) El artículo 18.2, en que se formula el principio de legalidad (art. 5 de aquel Reglamento, aunque sea con nueva formulación). C) Y el artículo 19, sobre la inscripción obligatoria de los sujetos inscribibles (anterior art. 17 del Código de Comercio, y arts. 69 y 84 del referido Reglamento). En relación con los efectos de la inscripción se encuentran: A) El artículo 20.1, que enuncia el principio de legitimación (párrafo 3.º del art. 1, y párrafo 1.º del art. 3 del Reglamento citado). B) El artículo 20.2, sobre la llamada fe pública registral (párrafo 2.º del art. 3 del referido Reglamento). C) El artículo 21, en correspondencia con el artículo 22 del Proyecto, que consagra el principio de la publicidad o, más concretamente, de oponibilidad a terceros de los actos inscribibles

(anterior art. 26 del Código de Comercio y 2 del Reglamento derogado) con un nuevo desarrollo en el que se establece: a) la oponibilidad a terceros de buena fe de los actos inscribibles a partir de «su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*»; b) la salvedad, respecto de la publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, de «los efectos propios de la inscripción»; c) la referencia a las «operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación»; d) la obligación de resarcimiento al perjudicado por parte de quienes hayan ocasionado la discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción de los actos, y e) la presunción de «la buena fe del tercero» (para un nuevo y más ajustado entendimiento de los principios que afectan a los aspectos positivos y negativos de la publicidad registral, v. PAZ ARES, *ob. cit.*, págs. 1308 y sigs.). D) Y, finalmente, el artículo 23, que consagra el principio de la publicidad formal (anterior art. 30 del Código de Comercio, arts. 2 y 38 del referido Reglamento), siguiendo al paralelo artículo 23 del Proyecto, aunque concretando las formas de hacer efectiva la publicidad, en la certificación de los asientos, la simple nota informativa o la copia de los asientos y documentos depositados en el Registro, y dando una nueva fórmula a esas formas de publicidad en el Registro Central, al declarar que ese Registro «no expedirá certificaciones de los datos de su archivo, salvo con relación con las razones y denominaciones de sociedades y demás entidades inscribibles», algo bien explicable tras la incorporación del Registro General de Sociedades al Registro Mercantil Central.

Todavía quedan por enunciar algunas otras modificaciones de cierta significación en el resto del articulado. Así sucede con el número 3 del artículo 18, que da un nuevo desarrollo al artículo 18 del Proyecto en relación con la comunicación al Registro Central de los datos esenciales de los asientos practicados en los distintos Registros Mercantiles y su publicación en el *Boletín Oficial*. Así sucede también con el artículo 22, números 1 y 2, en los que se ha optado por refundir los artículos 20 y 21 del Proyecto, para referirse en un único precepto a los extremos o circunstancias que deben inscribirse en las hojas abiertas a cada empresario individual o a cada sociedad mercantil o entidades inscribibles, añadiendo un número 3 referente a la inscripción de sucursales. Y así ocurre, en fin, con el artículo 24 (correspondiente al art. 24 del Proyecto) en materia de publicación de los datos identificadores de la inscripción en la documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas de «los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria», con algunos cambios importantes en la redacción a los que aludiremos posteriormente.

4. En todo caso ha de indicarse ahora que la reforma de nuestro

ordenamiento registral mercantil se ha extendido puntualmente a su disciplina reglamentaria. El viejo Reglamento de 14 de diciembre de 1956 ha sido sustituido por el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, ajustado a la nueva disciplina del Código de Comercio en materia registral y a la reciente ordenación de las sociedades de capital, tal como aparecen reguladas en la Ley de «reforma parcial y adaptación» de 25 de julio de 1989 y en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo de 22 de diciembre de 1989.

No es éste lugar oportuno para un examen del referido Reglamento que, tanto por su extensión (393 arts., 28 disposiciones transitorias, seis disposiciones adicionales y siete disposiciones finales), como por las muchas novedades que introduce, está llamado a muy amplios estudios (para un acertado y muy completo estudio de síntesis sobre el alcance de la reforma y el contenido del Reglamento, v. PAZ ARES, *ob. cit.*, págs. 1307 y sigs.). Hemos de limitarnos aquí a dar noticia de los cuatro grandes títulos en que aparece dividido: el título I, relativo a la organización y funcionamiento del Registro Mercantil; el título II, como parte sustantiva y fundamental, en el que se regulan la inscripción del empresario y de sus actos; el título III, sobre «otras funciones del Registro Mercantil», en el que se recogen «las nuevas funciones» encomendadas a los Registradores mercantiles (la legalización de los libros de los empresarios, el nombramiento de expertos independientes y auditores de cuentas, y el depósito y publicidad de las cuentas anuales), y el título IV, dedicado al Registro Mercantil Central, en el que se incluye la disciplina sobre la organización de este Registro y la remisión y el tratamiento de datos en el mismo, la sección de denominaciones de sociedades y entidades inscritas, y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, calificado como «la clave del nuevo régimen de publicidad que por imperativo de la Primera Directiva comunitaria de sociedades instaura la nueva Ley».

Esta simple referencia a los cuatro grandes títulos del Reglamento no nos libera de una alusión más concreta a su significativo «título preliminar», sustancialmente dedicado a una nueva consagración de los principios básicos de la publicidad registral. El hecho de haber elevado al rango legal la formulación de esos principios, pasando —como hemos visto— del anterior Reglamento a la nueva disciplina registral del Código de Comercio no ha sido obstáculo para que las normas que recogen esos principios vengán a presidir también el nuevo Reglamento, llenando prácticamente el contenido propio de ese título preliminar.

Ha de advertirse también que este «trasiego» de los principios registrales del anterior Reglamento al Código de Comercio y de éste al nuevo Reglamento no ha dejado de mostrar la huella de ese cambio. Me refiero

concretamente al «incremento» de esos principios en la redacción que se ha dado al título preliminar del nuevo Reglamento. En él aparecen, siguiendo la pauta del Reglamento derogado y la nueva disciplina del Código de Comercio los principios de inscripción obligatoria (art. 4.º), titulación pública (art. 5.º), legalidad (art. 6.º), legitimación (art. 7.º), fe pública (art. 8.º), oponibilidad (art. 9.º) y publicidad formal (art. 12); pero se incluyen también los principios de prioridad (art. 10) y de tracto sucesivo (art. 11), que no cuentan con su consagración legal en la nueva y vigente disciplina del Código de Comercio, y sólo fueron objeto de alguna insinuación, discutible y nada pacífica por comparación con los principios hipotecarios, en el artículo 4.º del Reglamento derogado.

En relación con esos cambios producidos en el nuevo Reglamento, la exposición de motivos dice que «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 configurando su título preliminar». La verdad es que no se comprende bien esta «explicación», pues ni los principios «añadidos» en el título preliminar del Reglamento son «de menor alcance», ni era tampoco necesario reproducir en el Reglamento los principios consagrados en el Código de Comercio. Más bien habrá que pensar que la «incorporación» de los principios al nuevo Reglamento —hecho que tuvo lugar en las últimas, si no en la última, de sus «lecturas»—, puede explicarse, no sólo por el propósito de que los referidos principios presidieran también la disciplina registral de carácter reglamentario (si se permite la licencia, diríamos que «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 normativa registral.

Ahora tendremos, pues, unos principios registrales recogidos en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil y otros que sólo contarán con una formulación reglamentaria. La precipitación con que fue necesario realizar los trabajos de reforma —sobre todo el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y el nuevo Reglamento del Registro Mercantil— pueden explicar ésta y otras anomalías que se advierten en las reformas introducidas en el Derecho de sociedades y en el Derecho registral en 1989. Pero entiendo que estos y otros defectos no puedan oscurecer cuanto hay de positivo y meritorio en el esfuerzo realizado para reformar parcialmente y ajustar nuestro ordenamiento societario y registral a la normativa comunitaria.

II. LA INSCRIPCION DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL

5. En este punto el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», y posteriormente el «Proyecto de Ley», introdujeron algunos cambios relevantes, sobre todo en la materia relativa a las personas como objeto de inscripción, que se mantendrá sustancialmente en toda la reforma hasta llegar a la Ley de 25 de julio de 1989. El nuevo texto del artículo 16 del Código de Comercio, tal como aparecía ya en el referido Anteproyecto, supone una ruptura importante en relación con la disciplina anterior. Como ya hemos tenido ocasión de insinuar, se intenta aquí un proceso de purificación técnica, al excluir del ámbito del Registro Mercantil «los libros de buques y aeronaves» para constituir «Registros independientes» regidos por las normas referidas a la inscripción de esos bienes, «hasta que —como ahora se dice en la disposición final segunda de la referida Ley— se establezca el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación» (v. también la disposición transitoria sexta del nuevo Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989). Concluye así la coexistencia en un único Registro de la inscripción del comerciante individual y social y los hechos inscribibles que les afectan, fundada en el *folio personal* y la inscripción de los buques y aeronaves basada en el *folio real*: coexistencia de sistemas iniciada ya para los buques con el Código vigente, y que, a partir de la crítica formulada por GARRIGUES (*El Registro Mercantil en Derecho español*, cit., págs. 669 y sigs.), ha sido censurada por la generalidad de la doctrina.

Podría decirse que por este lado se viene a recortar, en consonancia con la naturaleza propia del Registro Mercantil como Registro de determinados sujetos y actos, la tendencia hacia la expansión horizontal del viejo Registro Mercantil. Podríamos añadir, quizá con mayor precisión, que a partir de este momento el Registro Mercantil será sustancial y puntualmente un Registro de personas, hechos y relaciones jurídicas de interés para el tráfico mercantil; un Registro desprendido ya de la inscripción de determinados bienes (buques y aeronaves) que han venido desfigurando esa significación histórica del Registro Mercantil como un Registro dirigido a proporcionar a los terceros el conocimiento y la certidumbre sobre los más importantes datos referentes a los sujetos de la actividad mercantil, a sus cambios y mutaciones, y a ciertos aspectos del tráfico que realizan. Salvando el sentido que tiene esta corrección, que ha introducido la reciente reforma, se puede afirmar que la nueva disciplina registral del título II, del libro primero, del Código de Comercio, sigue siendo fiel a

aquella expansión horizontal de los sujetos y actos obligatoriamente inscribibles.

En consonancia con esta tendencia parece que el Registro Mercantil, sin dejar de ser un Registro de los empresarios mercantiles y de determinados actos, será cada vez más un Registro general del tráfico necesitado de una específica publicidad legal.

6. No es nuestro propósito en este trabajo estudiar esa expansión horizontal de los sujetos y actos inscribibles. Contemplado anteriormente, de modo muy general, el impacto que, en materia registra!, ha tenido la adaptación de nuestro ordenamiento a la Primera Directiva, limitamos ahora nuestra atención a la inscripción del empresario individual. Se trata, en definitiva, de una primera parte de lo que sería un estudio más ambicioso del objeto de la inscripción en el Registro Mercantil. Estimo que, en todo caso, merece la pena reparar en algunas novedades y en la permanencia del carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual, tal como aparecen plasmadas en la reciente reforma.

A) La referencia del Código de Comercio a «los comerciantes o empresarios mercantiles individuales» (arts. 16.1 y 17 en su anterior redacción), expresión introducida por la ya citada Ley de reforma de los títulos II y III del libro primero del Código de Comercio de 21 de julio de 1973, supuso una importante y polémica novedad, que debería superarse, a nuestro juicio, sustituyendo el término «comerciante» por las palabras «empresario mercantil» en todo el articulado de nuestro viejo Código (me refiero al tema en *El Registro Mercantil español...*, cit., págs. 128 y sigs.). La «Propuesta de Anteproyecto de Ley» de la Sección de Derecho mercantil, de 1987, seguía fiel, en este punto, a la reforma de 1973, reproduciendo la expresión «los comerciantes o empresarios mercantiles individuales»; pero, frente a este criterio, el «Anteproyecto del Ministerio de Justicia» y el «Proyecto de Ley» introdujeron un cambio importante: abandonaron definitivamente el término «comerciante» y, tanto en el título relativo al Registro Mercantil, como en aquel otro referente a la contabilidad, aluden tan sólo a los «empresarios individuales» o simplemente a los «empresarios» para referirse a los sujetos que realizan una actividad empresarial.

El número primero del artículo 16 del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», establecía, en efecto, que el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de «los empresarios individuales». La observación de mayor relieve que procede hacer en este punto, no es tanto la relativa a la supresión de la palabra «comerciante», como aquella otra referente al hecho de que los empresarios individuales vienen designados con carácter general, y sin ninguna referencia a su condición de empresarios «mercantiles». Este término desapareció en la totalidad del articulado relativo al Registro

Mercantil y a la contabilidad, y ha de pensarse, pues, en que esa supresión fue claramente intencionada.

Lo que se pretendió con ello fue, en definitiva, extender la posibilidad de inscribirse en el Registro Mercantil y, en consecuencia, de aprovecharse de los efectos legales de la inscripción, a todos los empresarios individuales, sean o no mercantiles (v. E. BELTRÁN: «Hacia un nuevo Derecho de sociedades anónimas», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 1988, págs. 338 y sigs.). De este modo, la expansión horizontal del Registro Mercantil toma ahora un nuevo impulso: por primera vez amplía sus fronteras originarias o «naturales» como Registro de «comerciantes», para convertirse en Registro de empresarios individuales, sean o no mercantiles. Aludimos a un cambio de las fronteras naturales por primera vez, porque en relación con cualesquiera personas jurídicas (distintas de las «sociedades mercantiles») y las mismas personas individuales, tanto el derogado artículo 16.5.º, del Código de Comercio vigente, por referencia a las personas «cuando realicen actos o posean bienes sujetos a inscripción según las leyes o reglamentos», como el artículo 16, tercero, del «Anteproyecto del Ministerio de Justicia», como, en fin, el artículo 16, quinto del Código de Comercio en su nueva redacción (este último por alusión general a «las personas naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley»), continúan ensanchando por vía de excepción la posibilidad de inscripción a cualquier sujeto, aunque no sea empresario mercantil, «siempre que realicen actos sometidos a inscripción según las leyes o reglamentos» o siempre que, como ahora se dice, se trate de personas inscribibles porque así lo «disponga la Ley».

De acuerdo con esta última orientación, los empresarios individuales, «sean o no empresarios mercantiles», serán inscribibles sin más, quedando reducida la excepción de la posible inscripción de las personas naturales, en los términos expuestos, a las personas que no sean empresarios. Sirva de ejemplo lo que sucede con los «empresarios agrícolas» a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de 28 de diciembre de 1963 sobre asociaciones y uniones de empresas, precepto en el que se facilita la integración de aquellos empresarios agrarios individuales en las sociedades anónimas de empresas estableciendo que «al amparo de lo dispuesto en el título III del Reglamento del Registro Mercantil, y a los efectos de esta Ley, podrán solicitar su inscripción en dicho Registro los empresarios agrícolas». La generalización de la inscripción a todos «los empresarios individuales», tal como ahora establece el artículo 16, primero, del Código de Comercio en su nueva redacción (arts. 87 a 93 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil), hace innecesaria esta excepción, al extender automáticamente el ámbito de aplicación de la posible inscripción registral a todos los empresarios individuales, entre ellos los empresarios agrícolas.

La extensión de las instituciones mercantiles, en este caso del Registro Mercantil, a los empresarios y la actividad no mercantil, no constituye ciertamente ninguna sorpresa; pero sería deseable que esa tendencia, tan ligada a la evolución del Derecho mercantil como Derecho de la empresa, no incurriera en las contradicciones e incoherencias que pueden derivar de sucesivas reformas parciales del viejo Código de Comercio.

B) De otro lado, el artículo 19.1 del Código de Comercio mantiene el carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual. El criterio consagrado en el artículo 17 del Código de Comercio vigente —criterio que se intentó modificar en el Anteproyecto del Código de Comercio de 1926-27 (v. GARRIGUES: *El Registro...*, cit., pág. 661) y parcialmente en la redacción originaria del artículo 69 del anterior Reglamento del Registro Mercantil (v. OLIVENCIA. «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1959, págs. 70 y sigs.), se mantiene en términos semejantes en el nuevo texto del artículo 19 (v. también arts. 4.1 y 81.1 del nuevo Reglamento). La única novedad que se percibe, y que no resulta fácil explicar, es que la posible consagración de excepciones al carácter potestativo de la inscripción, tal como había sido establecido en la reforma del Código de Comercio de 21 de julio de 1973 al introducir la expresión «salvo disposición en contrario» ha quedado suprimida (v. ahora, no obstante, el citado art. 4.1 del Reglamento, a cuyo tenor la inscripción en el Registro Mercantil será obligatoria «salvo en los casos en que expresamente se disponga lo contrario»). En principio, pues, el carácter potestativo de la inscripción del empresario individual no admite más excepción que la del naviero individual, para el que se mantiene la obligatoriedad de inscripción en los términos que veremos posteriormente.

En todo caso, es obvio que se recoge como principio general el del carácter potestativo de la inscripción del empresario individual, y se mantiene igualmente la norma del viejo artículo 18 del Código de Comercio en el sentido de que —como dice el nuevo texto del párrafo segundo del artículo 19— «el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales». Se trata en este último caso —como se ha venido diciendo en la doctrina— de una «presión indirecta» para que los comerciantes o empresarios individuales se inscriban. Esta llamada «presión indirecta» no es pequeña. Es suficiente con dar una lectura a los nuevos artículos 22.1 del Código de Comercio y 87 del Reglamento del Registro Mercantil para percibir la importancia de los documentos inscribibles respecto del empresario individual. El precepto incluye, tanto las inscripciones relativas a su persona y a las circunstancias de su actividad económica (datos personales, clase de empresa, nombre comercial y rótulo del

establecimiento, domicilio del establecimiento y de sus sucursales, y fecha de comienzo de las operaciones), como —lo que es ahora más importante— los actos relativos al tráfico del empresario (los poderes generales, el consentimiento conyugal, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6.º a 10; las capitulaciones matrimoniales; así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación, de divorcio; las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual; el nombramiento para suplir, por incapacidad o incompatibilidad a quien ostente la guarda o representación legal del empresario individual; la emisión de obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones; la apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativas a las sucursales; la suspensión de pagos y la quiebra; y, en general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el Reglamento). Se trata de preceptos directamente inspirados en el derogado artículo 21 del Código de Comercio, con las modificaciones que han venido determinadas por las últimas reformas legislativas habidas en el ámbito del Derecho de familia, los cambios que se introducen en materia de empresario individual (todos los «empresarios individuales» y no sólo los empresarios «mercantiles» individuales), y algunas alteraciones explicadas por razones técnicas. Es una enumeración de actos tal vez insuficiente, pero aceptable si se tiene en cuenta que no es una enumeración exhaustiva, sino una enumeración que ahora queda abierta a «los demás extremos que establezcan las Leyes o el Reglamento». No sé, sin embargo, si al referirse el artículo 22.1 al «empresario individual» se ha tenido suficientemente en cuenta que el artículo 16.1, quinto, incluye entre los sujetos inscribibles a cualesquiera «personas naturales» cuando «así lo disponga la Ley», personas, claro está, que no son los «empresarios individuales» previstos en el número 1, primero, y respecto de las cuales queda de algún modo oculto el ámbito de las circunstancias personales y de los actos sujetos a inscripción. Es una laguna que lógicamente ha de ser cubierta por «la ley» que disponga la inscripción de esas «personas naturales» no empresarios.

Pero volvamos al hilo de nuestra exposición: el carácter potestativo de la inscripción. Como en algún otro momento me he permitido indicar, no estoy muy seguro de que la declaración acerca de ese carácter potestativo de la inscripción del empresario individual sea correcta (*Autonomía económica liberal y codificación mercantil española*, Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1986, pág. 78). Es probable que en esa declaración de «potestatividad» haya influido el peso histórico de la inscripción corporativa de los comerciantes. No queremos decir con ello que el requisito de la inscripción en la «matrícula de comerciantes» consagrado en el artículo 1.º del Código de Comercio de 1829 se refiera a la vieja matriculación

gremial. Esa «matrícula de comerciantes» ni es gremial, ni cumple funciones limitadoras de competencia. Ha de ser entendida más bien como un censo profesional, bien ajena a lo que significaba la matrícula en el sistema corporativo y que opera sólo a efectos de regularidad en el ejercicio del comercio (v. RUBIO: *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, págs. 137 y sigs.; GIRÓN TENA: *El concepto del Derecho mercantil*, Madrid, 1954, pág. 121). De otro lado aciertan, a nuestro juicio, quienes estiman que ese requisito de la inscripción en la «matrícula de comerciantes» ha de ser concebido no como un elemento constitutivo de la condición de comerciante, sino simplemente como un deber u obligación que pesa sobre quienes teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil (v. OLIVENCIA, *oh. cit.*, págs. 83 y sigs.; GIRÓN TENA, *ob. y loc. ult. cit.*).

No parece menos cierto, sin embargo, que la significación y alcance de la inscripción de los comerciantes en la matrícula constituye una de las grandes preocupaciones, si no la principal, que domina en la doctrina y la legislación del XIX en materia de Registro público de comercio. Los informes y proyectos de reforma inmediatamente posteriores a la publicación del Código de 1829 muestran ya esa preocupación por el hecho de que la falta de inscripción no tenga en el Código sanción alguna y conduzca en la práctica a la inaplicación de la disciplina jurídico-mercantil, muy especialmente de la quiebra, a los comerciantes no matriculados (v. nuestro *El Registro Mercantil...*, cit., págs. 29-34 y 41-42). Este «estado de la cuestión» provocará posteriormente una tendencia hacia su superación, para ver en la inscripción una simple presunción *iuris tantum* de la condición de comerciante, susceptible de ser superada, sobre todo en caso de omisión, con otras pruebas, ya sea para terminar estimando la necesidad de imponer una *sanción penal* semejante a la establecida en el artículo 30 para la omisión de la inscripción de documentos (v. F. FORNER: «De las compañías mercantiles», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1860, pág. 369, y en «Observaciones sobre la Real Orden de 10 de octubre de 1862 acerca de la matrícula de comerciantes», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1866, págs. 204 y sigs.; J. DE CARVAJAL: «Reforma de la legislación vigente sobre quiebras», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1878, pág. 138), ya sea para concluir afirmando, como sanción más adecuada, la imposibilidad del comerciante no inscrito de alegar tal condición cuando le favoreciera, en tanto que se privaría de valor a esa alegación para negar su cualidad de comerciante cuando le perjudicara (v. MARTI DE EIXALA: *Instituciones del Derecho mercantil de España*, 3.^a ed., Barcelona, 1859, pág. 86).

Esas líneas de evolución se desdibujan en la doctrina y la disciplina registral. No faltará quienes aboguen por la supresión de la matrícula de

comerciantes como «traba incompatible con la libertad de la contratación» (v. J. DE CARVAJAL, *ob. cit.*, pág. 138), en tanto que las normas sobre la materia intentarán, sin éxito, perfeccionar el sistema de la «matrícula de comerciantes», incluso con cierta severidad en las sanciones, tratando de terminar así con la falta de inscripción de los comerciantes (Reales Ordenes de 29 de octubre de 1838, 16 de mayo de 1846 y 30 de octubre de 1862). Pero tampoco estas disposiciones tuvieron la eficacia esperada. Esa orientación positiva llegará, en cierto modo, a la Ley de 30 de julio de 1878 que —como es sabido— modificó, entre otros preceptos, el artículo 1.º del viejo Código de Comercio, manteniendo, entre los requisitos de la condición de comerciante, el de estar «inscritos en la matrícula de comerciantes», para añadir que la falta de inscripción no eximirá a la persona dedicada al comercio «de ser tratada en juicio por las prescripciones de este Código», debiendo serle aplicable esta disciplina «desde el momento mismo en que anuncie a sus acreedores haber suspendido o aplazado el pago de sus obligaciones vencidas». Está aquí presente, sobre todo, la vieja preocupación por la obligatoriedad de la inscripción, y la sumisión, de los comerciantes no inscritos a la mayor severidad de las normas mercantiles en caso de quiebra.

Distinta es la vía que parecía seguir la reforma general del Código de Comercio. En este sentido, no deja de ser curioso, salvando las diferencias de origen en la formulación de las normas, que la Ley de 30 de julio de 1878, publicada ciertamente en plena elaboración del Código vigente, no se viera influida para nada por los trabajos que se venían realizando. Ya en el Decreto de 20 de septiembre de 1869, que aprueba las bases para la redacción del Código de Comercio, se declaraba que «todas las reglas sobre matrículas y otras exigidas para garantía a terceros contratantes deberán fundarse en la publicidad; la existencia de la matrícula favorable a terceros contratantes no podrá convertirse nunca en su perjuicio, y, por lo tanto, la falta de cumplimiento de aquella obligación no favorecerá en ningún caso al que la hubiera cometido» (base 5.ª, regla 2.ª). El camino que se pretende seguir está en una de las líneas doctrinales ensayadas para sancionar la falta de inscripción de los comerciantes, cediendo siempre la no inscripción —como decía ya el «Proyecto de Ley provisional para la reforma de varios artículos del Código de Comercio», de 6 de diciembre de 1840— «en daño de los mismos, sujetándolos a lo gravoso, sin opción a lo útil». Esa es la solución que terminará por prevalecer en los artículos 17 y 18 del Código de Comercio (este último aludiendo todavía al «comerciante no matriculado»), estableciendo el carácter potestativo de la inscripción y la «presión indirecta» de privar al «no matriculado» de la posibilidad de «pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil, ni aprovecharse de sus efectos legales»; declarando así —como se dice en la

exposición de motivos— «de acuerdo con el principio de libertad profesional, voluntaria la inscripción personal de los comerciantes, estimulándole, sin embargo, eficazmente por medios indirectos....».

Son estas consideraciones las que me inducen a pensar que la inscripción del empresario individual es muy dudosamente de carácter potestativo. Me parece claro que al desconectar la condición de comerciante (art. 1.º) de la inscripción, el Código vigente rompe ya totalmente con los muy escasos residuos de la inscripción corporativa del Código de Comercio anterior, y consagra, de acuerdo con los postulados liberales que terminan por imponerse, la libertad profesional. Es como una obsesión del legislador que puede verse ya en las bases 1.ª y 3.ª del Decreto de 20 de septiembre de 1869: «Deberá suprimirse —como dice esta última base— todo monopolio, privilegio o exclusión para el ejercicio de las varias profesiones comerciales». En este sentido, es evidente que la inscripción del comerciante y empresario individual en el Registro Mercantil es potestativa; y no sólo porque se tiene esa condición sin necesidad de inscripción, sino también porque ese comerciante o empresario individual, sometido íntegramente a la disciplina aplicable a ese *status*, no se ve sometido a ninguna sanción externa al Registro en caso de no inscripción. Contemplando así el tema, con razón se dice en la exposición de motivos que la inscripción es voluntaria «de acuerdo con el principio de libertad profesional».

Pero me parece que el régimen de publicidad legal instaurado por el Código de Comercio vigente no tiene ya nada que ver con la vieja inscripción corporativa. El Registro Mercantil es ahora una «institución de terceros», basada en una publicidad de efectos positivos y negativos de significación jurídico-privada. Este sistema se caracteriza, sustancialmente, por la adopción de una «solución registral» a la hora de valorar la publicidad legal: la inscripción o la falta de inscripción ni siquiera repercute sobre la validez o invalidez de las relaciones jurídicas sustantivas (solución negocial), sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por los terceros.

En cuanto a los sujetos inscribibles, si dejamos a un lado el alcance de las inscripciones constitutivas en el marco de las sociedades, tampoco parece ahora dudoso que el Código de Comercio contempla las sociedades no inscritas (sociedades irregulares) bajo el peso de una «sanción registral» (art. 24, en su redacción anterior y, con carácter general, art. 21, en su nueva redacción). Es, en este sentido, en el que entiendo que el artículo 19.1 —como el viejo artículo 18— no hace otra cosa más que establecer también una «sanción registral», consistente, en este caso, en la imposibilidad de «pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil, ni aprovecharse de sus efectos legales». Si este punto de vista es correcto, habrá que reconocer que el carácter potestativo de la inscripción

del comerciante o empresario individual, bien comprendida en cuanto se considere referida a la libertad profesional, no es aceptable si se contempla desde el ángulo de la publicidad registral consagrada por el Código. En este caso, más bien hemos de pensar en la existencia de una obligación de inscripción, cuyo incumplimiento genera la «sanción registral» prevista en el vigente artículo 19.1 del Código de Comercio.

Y en cuanto a los actos inscribibles, no es dudoso que todos los enumerados en los artículos 22.1 del Código de Comercio y 87 del Reglamento son actos «obligatoriamente inscribibles», es decir, actos, que si no se inscriben, han de soportar la «sanción registral» derivada de la falta de inscripción. No podrá suceder de otro modo. Cuando esos preceptos han querido fijar las fronteras de la obligatoriedad de la inscripción lo han dicho expresamente; así sucede con el artículo 87.2.º del Reglamento, en el que se declara que «no será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o los concedidos para la realización de actos concretos». No acierto a saber muy bien qué son «registralmente» los actos «potestativamente inscribibles», aunque no me parece dudoso que respecto de ellos no pueden producirse los efectos de la publicidad registral. Pero lo que ahora interesa señalar es que, respecto de los actos de inscripción obligatoria relativos a los empresarios individuales —como sucede con los relativos a las sociedades u otras entidades inscribibles—, la falta de inscripción y publicación desata los efectos propios de la llamada publicidad negativa. Resulta así que la inscripción del empresario individual es «potestativa», en tanto que la de sus «actos inscribibles» es «obligatoria». Pero esta última es la que, en caso de no inscripción y publicación, origina la sanción principal de la publicidad negativa, que gravita sobre todos los sujetos inscribibles, sean personas individuales o jurídicas, razón por la cual uno encuentra dificultades para atender por qué se dice que la inscripción del empresario individual es «potestativa», en tanto que la de los demás sujetos es obligatoria. Más aún cuando —como ahora se indica en el artículo 11.1 del Reglamento consagrandó la norma del «tracto sucesivo»— «para inscribir actos y contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto». Y si se quiere ver una muestra de lo que significa ese «tracto sucesivo», con un tratamiento paralelo del empresario individual no inscrito y las sociedades irregulares puede verse ahora el artículo 286 del Reglamento, bien expresivo de la obligatoriedad de inscripción del empresario individual en los términos expuestos.

En favor de esta interpretación está también toda aquella orientación positiva y doctrinal del XIX que acertó a ver en los efectos de la publicidad registral la sanción más adecuada en caso de falta de inscripción en la «matrícula de comerciantes». Dentro de esta orientación, no estará de más recordar de nuevo que la base 5.^a, segunda, del Decreto de 20 de septiem-

bre de 1869, establece claramente que «todas las reglas sobre matrículas y otras exigidas para garantía a terceros contratantes *deberán fundarse en la publicidad*», y añade: «La existencia de la matrícula favorable a terceros contratantes no podrá convertirse nunca en un perjuicio y, por lo tanto, *la falta de cumplimiento de aquella obligación* no favorecerá en ningún caso al que la hubiere cometido». Es cierto que en el sistema del Registro Mercantil del Código vigente, fundado en *la hoja personal*, el artículo 19.1 puede verse técnicamente como una consecuencia necesaria de la falta de inscripción del sujeto. No se distingue aquí, como se distinguía en el Registro Público de Comercio del viejo Código de Comercio de 1829 entre la «matrícula de comerciantes» y el «registro de documentos». Pero en todo caso, no parece posible desnaturalizar la significación sancionatoria del artículo 19.1, párrafo segundo, del Código de Comercio como algo correlativo a la obligatoriedad de inscripción. Es en este sentido en el que me he permitido afirmar, en otro momento, con todas las reservas que produce la declaración positiva de voluntariedad de la inscripción (recogida ahora en el art. 19.1, párrafo primero) y una constante doctrina en esa dirección, que un atento estudio del «cambio que se produce en la concepción y regulación del Registro Mercantil, y que contemple la inscripción del comerciante individual y de las sociedades a la luz de la nueva concepción de la publicidad registral, percibiría quizá que el carácter «potestativo» de la inscripción del comerciante individual no se compadece bien con una «sanción», la del artículo 19.1, párrafo segundo, que, en definitiva, no se aleja mucho de las establecidas para las sociedades no inscritas» (*Autonomía económica...*, cit., pág. 78, con referencia al viejo art. 18). En la exposición anterior hemos intentado hacer algo más explícito el sentido de esa afirmación, con todas las dudas que suscita cualquier «originalidad» en una materia de interpretación pacífica y consolidada.

En todo caso no estará de más recordar que esa «sanción» o «presión indirecta» para lograr o estimular la inscripción de los «comerciantes» ha tenido muy escaso éxito, y así seguirá sucediendo previsiblemente con los «empresarios individuales» de los nuevos artículos 16 y 19 del Código de Comercio. La escasa dimensión que normalmente tienen estas empresas individuales, la misma ignorancia de los efectos que puede producir el artículo 19.1 en el ámbito, por ejemplo, de las relaciones de representación o de la actividad del cónyuge comerciante (v. sobre la publicidad registral en este supuesto ILLESCAS ORTIZ: «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 299 y sigs.; GARCÍA VILLA VERDE: «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, págs. 515 y sigs.; LÓPEZ SÁNCHEZ: «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», *RJC*, 1983, págs. 535

y sigs.), el hecho también de que la responsabilidad universal del comerciante o empresario individual haga inoperante; a diferencia de lo que sucede en caso de beneficio de la limitación de responsabilidad, la falta de inscripción, son algunos de los argumentos que explican aquella insuficiencia de la sanción registral. Cualquier esfuerzo en favor de la inscripción de los empresarios individuales, como ya se ha intentado ensayar —según señalamos anteriormente—, en algún momento tendrá que contar con ese dato. Entiendo también que no sólo para este punto, sino, en general, para un mayor perfeccionamiento técnico de nuestra disciplina registral sería, me parece, de alto interés un estudio doctrinal más completo y coherente de las posibles sanciones en caso de falta de inscripción. La distinta naturaleza o función del Registro en su evolución histórica, el diverso tratamiento que puede merecer el sujeto y los hechos y relaciones jurídicas inscribibles, y las mismas clases de inscripciones, muestran y explican el posible juego de sanciones penales, administrativas o civiles, y dentro de éstas las simplemente registrales, las negociales o la falta de producción de un efecto constitutivo, que operan con distinto alcance en el caso de infracción de la obligación de inscripción.

C) Dentro de este cuadro de preocupaciones, parece necesario hacer aquí referencia a la nueva redacción del artículo 24 del Código de Comercio, relativo a las menciones necesarias en la documentación de «los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria». Esta norma, con la que se pretende ampliar o complementar el régimen de publicidad formal, indicando en la «documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas», el domicilio y los datos que permitan una fácil y rápida identificación de la inscripción en el Registro, fue introducida ya —como hemos tenido ocasión de indicar— en el párrafo final del artículo 30 del Código de Comercio, tal como fue redactado en la reforma dispuesta por la Ley de 21 de julio de 1973. Pero la adaptación de nuestra disciplina registral a la Primera Directiva impuso la necesidad de introducir algunos cambios importantes. Ya en el texto de la «Propuesta de Anteproyecto de Ley», elaborado por la Sección de Derecho Mercantil, siguiendo los pasos marcados por los artículos 4.º y 6.º de la Directiva, se añadía al párrafo citado del artículo 30 del Código que «las sociedades anónimas de responsabilidad limitada y comandatarias por acciones deberán hacer constar, además, su tipo social, domicilio y, en su caso, la situación de liquidación en que se encuentren», agregando que «si mencionan el capital debe hacerse referencia al capital suscrito y desembolsado».

Este texto había sido objeto de alguna crítica en el sentido de que esa exigencia de publicidad era demasiado amplia (constancia de los datos en *toda* la documentación y no sólo en «las cartas y notas de pedido» como quiere el art. 4.º de la referida Directiva) y demasiado vaga (falta de

precisión sobre los datos identificadores de la inscripción registral) (v. GÓMEZ SEGADE: *La publicidad de las sociedades de capital...*, cit., págs. 36 y sigs.). La redacción posterior del artículo 24 no se hizo eco, sin embargo, de esa crítica. Tanto el Proyecto de Ley, como la Ley de 25 de julio de 1989, extienden a todas las sociedades la obligación impuesta a las sociedades capitalistas (de acuerdo en este punto con la ampliación de los criterios de la Directiva a toda nuestra disciplina registral), y establecen que la constancia de los datos requeridos se extenderá a *toda su documentación*, «correspondencia, notas de pedido y facturas», sin que, por otra parte, se precise cuáles son «los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil» que deben figurar en la aludida documentación (art. 24.1 del Código de Comercio).

El criterio de inclusión en la documentación continúa manifestándose, pues, en los términos más amplios. En cuanto a la precisión de los datos identificadores de la inscripción, se mantiene la misma referencia general que aparecía en el párrafo tercero del anterior artículo 30 del Código de Comercio, tal vez porque se ha estimado que las dudas que se pudieran suscitar fueron resueltas por la Circular de la Dirección de Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1973 (*BOE* de 16 de diciembre de 1973; v. también, por su interés general en materia de publicidad en los Registros de la Propiedad y Mercantiles, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 1985, *BOE* de 19 de junio de 1985), en el sentido de que los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil son las circunstancias que deben figurar al pie del título despachado y que detalla el artículo 31 del anterior Reglamento del Registro Mercantil («además de la denominación del Registro Mercantil, el número de hoja, folio, tomo, libro y sección de la primera inscripción practicada en ese Registro» (me refiero al tema en *El Registro Mercantil español...*, cit., pág. 137). El artículo 57 del Reglamento vigente se refiere ahora al «tomo y folio, la clase, el número o letra del asiento y el número de hoja».

Mayor eco ha encontrado la crítica acerca de la falta de previsión sobre la sanción aplicable en caso de incumplimiento de la publicación de las menciones referidas en la documentación de los empresarios, tal como exige el artículo 6.º de la Primera Directiva a los Estados miembros. El párrafo segundo del artículo 24 del Código de Comercio —siguiendo el criterio del Proyecto de Ley— salva esta laguna disponiendo que «el incumplimiento de estas obligaciones será sancionado, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo con una multa de cuantía de 50.000 a 500.000 pesetas» (el Proyecto de Ley fijaba una cuantía de 100.000 a 1.000.000 de pesetas). Si, como parece

correcto entender, la publicación de las menciones requeridas es un supuesto de publicidad —noticia en interés general, es explicable que su incumplimiento dé lugar a una *sanción administrativa* de carácter pecuario, impuesta de acuerdo con el procedimiento sancionador previsto en los artículos 133 a 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958.

Pero si hemos traído aquí esta cuestión es para valorar su alcance en relación con la inscripción «potestativa» del empresario individual. Contemplado el tema en relación con las sociedades se puede estimar que la obligatoriedad de la inscripción tiene una escala gradual de sanciones; de un lado, la falta de inscripción genera las sanciones *regístrales* más graves, propias de las *sociedades irregulares*; de otro lado, la falta de constancia de los datos identificadores de la inscripción en la documentación de las sociedades inscritas generará ahora la sanción administrativa de multa prevista en el párrafo segundo del artículo 24 del Código de Comercio. ¿Qué sucederá en el caso del empresario individual? El artículo 24 del Proyecto de Ley imponía esa obligación y la correspondiente sanción en caso de incumplimiento de la publicación de los datos identificadores de la inscripción a «los empresarios y sociedades inscritas». En este caso si, como se dice, la inscripción es «potestativa» habría que llegar a la conclusión de que la inscripción del empresario individual ciertamente no es obligatoria, pero si alguno se inscribe y no hace constar en la documentación «los datos identificadores de su inscripción» podría verse sorprendido con la sanción administrativa de multa prevista en el citado párrafo segundo del artículo 24. Aquí podríamos decir también que el empresario individual se inscribe en el Registro si quiere; pero si se inscribe y no hace constar los «datos identificadores de su inscripción» en «toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas» podía recaer sobre él una sanción administrativa de multa de hasta 1.000.000 de pesetas. Si sucediera de este modo, el proyectado párrafo segundo del artículo 24 vendría a constituir también algo así como una «presión indirecta»; pero una presión indirecta para que, al lado de los otros argumentos expuestos, el empresario individual acreciente el escaso interés que manifiesta por su inscripción en el Registro.

Tal vez por esto, en el texto actual del artículo 24 del Código se ha cambiado la redacción. El precepto impone ahora aquella obligación y, en su caso, la correspondiente sanción a «los empresarios individuales, sociedades y entidades *sujetos* a inscripción obligatoria». Con ello se deja fuera del ámbito de la obligación a todos los empresarios individuales, excepto el naviero, porque, salvada esta excepción, la inscripción es «potestativa». Lo que ocurre, a mi juicio, es que entonces no se comprende bien por qué el tráfico va a contar con esa información en caso de inscripción de

sociedades y entidades sujetas a inscripción, y va a verse privado de ella cuando se trata de inscripción de un empresario individual. Si hago referencia a estas contradicciones es porque en este caso se percibe también la anomalía que suponed carácter «potestativo» de la inscripción del empresario individual. En un sistema que no mira ya a la inscripción como un requisito de «la condición de comerciante», sino como instrumento de una publicidad necesaria, esa inscripción ha de tener un tratamiento semejante para el empresario individual, el empresario social o cualesquiera sujetos o entidades que reclaman la publicidad propia de una «institución de terceros».

D) El artículo 19.1 del Código y el artículo 81.1, a), del Reglamento del Registro Mercantil reproducen ahora la «obligatoriedad» de la inscripción del naviero, en términos sustancialmente semejantes a los que, siguiendo la tradición, se recogía en los artículos 17 y 595 del Código de Comercio y 69.2.º del anterior Reglamento del Registro Mercantil. No es dudoso que esa «obligatoriedad» expresa va referida al naviero individual, pues en los supuestos en que nace una persona jurídica nueva (sociedad) la obligatoriedad de la inscripción se somete a la norma general (arts. 16.1 y 19.2 del Código de Comercio). La idea se hace ahora más explícita, en el párrafo segundo del artículo 19.1 del Código de Comercio al declarar que «la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero». Y con toda claridad en el citado artículo 81.1, a) del Reglamento al referir la obligatoriedad al «naviero empresario individual».

El artículo 19 del Código de Comercio, en su número 3, introduce, sin embargo, una importante novedad: la sanción procedente en caso de falta de inscripción del naviero. «El naviero no inscrito —dice esa norma— responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas». Se intenta llenar así el vacío del Código y del Reglamento del Registro Mercantil, una laguna que había sido denunciada reiteradamente por la doctrina (v. GIRÓN TENA: *El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico*, Bilbao, 1959; OLIVENCIA, *oh. cit.*, págs. 115 y sigs.). La sanción consiste ahora en la pérdida de los beneficios que deriven de los sistemas de responsabilidad del naviero. Hacia esta solución se inclinaba en definitiva la doctrina que ha venido prestando atención al tema: bien sea por aplicación del artículo 2.º, párrafo tercero, del anterior Reglamento del Registro Mercantil, estimando que, «puesto que la inscripción no es constitutiva, sino simplemente obligatoria, los terceros pueden considerar naviero al no inscrito, a los efectos de la aplicación de la legislación mercantil que los favorezca, mientras que el no inscrito no podrá, frente a tercero, valerse de su condición de empresario de navegación (no podrá, por ejemplo, valerse de los sistemas de limitación de la responsabilidad del navie-

ro)» (OLIVENCIA, *ob. cit.*, págs. 116 y sigs.); bien sea por estimar que «la necesidad de la inscripción del naviero individual es una inscripción (semejante a la inscripción) *ad irregularitatem* exigida a las sociedades, de manera que el naviero no inscrito no podrá oponer a los acreedores el especial sistema de limitación de responsabilidad del naviero en alguna de las modalidades conocidas por el Derecho español» (DUQUE: «Notas sobre la publicidad del naviero», *Revista de Derecho Mercantil*, 1970, pág. 213).

El tema de la publicidad del naviero tiene muy amplia dimensión, vinculada (con abundantes problemas en nuestro ordenamiento) a la inacabada discusión acerca de la configuración positiva del naviero y los sistemas de responsabilidad del mismo (v. RUBIO: «Sobre el concepto de naviero en el Código de Comercio», *Revista Facultad Derecho*, de Madrid, 1940, págs. 22 y sigs.; GIRÓN TENA: *El naviero...*, cit., págs. 46 y sigs.; OLIVENCIA, *ob. cit.*, págs. 102 y sigs.; DUQUE: *Notas...*, cit., págs. 177 y sigs., y «Naviero», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XVII, Barcelona, 1982, págs. 143 y sigs.; VICENT CHULIA: «Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación del transporte en el Código de Comercio español», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1976, págs. 571 y sigs.). No es éste lugar oportuno para entrar en esa discusión. Lo que aquí interesa es poner de relieve el sentido que tiene la novedad de la sanción introducida por el nuevo artículo 19.3 en materia de inscripción del naviero. De acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, hemos de entender que sobre el naviero no inscrito recae una doble sanción: de un lado, en relación con los *actos inscribibles pesará sobre el naviero individual la sanción prevista para todo empresario individual es decir, «no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales»* (art. 19.1, párrafo segundo); de otro, en relación con su *status* de naviero, la falta de inscripción generará la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad en los términos previstos en nuestro ordenamiento internacional e interno.

Una y otra sanción tienen su marco en el ámbito del Registro Mercantil como *institución de terceros*. Por una parte, la falta de inscripción del sujeto afecta, en definitiva, a los actos inscribibles: si el empresario individual no se inscribe, no puede pedir la inscripción de ningún documento «ni aprovecharse de sus efectos legales». Estimo que esta norma sólo tiene sentido, entendiendo que son aquí aplicables los principios registrales y, más concretamente, los efectos de la publicidad material negativa: los documentos sujetos a inscripción y no inscritos ni publicados en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* no serán oponibles a terceros de buena fe (art. 21.1) (v. con anterioridad OLIVENCIA, *ob. cit.*, págs. 115 y sigs.; AURELIO MENÉNDEZ: *La buena fe y el Registro Mercantil*, Curso

de Conferencias sobre Registro Mercantil, Madrid, 1972, págs. 169 y sigs.; sirvan de ejemplo los poderes generales no registrados).

Entiendo, de otro lado, que la sanción de pérdida del beneficio de responsabilidad limitada impuesta al naviero individual no inscrito está en la línea de la sanción registral impuesta a los sujetos inscribibles; en cierto modo se trata de algo semejante a lo que sucede —según el parecer que estimamos más correcto— con una de las sanciones que sufren las sociedades con responsabilidad limitada que no se inscriben (sociedades anónimas o limitadas) (v. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 252 y sigs., y ahora, art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 6.º de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada). En este sentido, quizá no sea desacertado pensar que en el ámbito de una publicidad que mira preferentemente hacia las relaciones externas con terceros, centradas sustancialmente en el marco de las relaciones de representación y las relaciones de responsabilidad se produce una cierta unificación en el tratamiento de los efectos patrimoniales derivados de la falta de inscripción cuando el sujeto inscribible sea persona individual o jurídica goza, en mayor o menor medida, del beneficio de la limitación de responsabilidad. La responsabilidad universal del empresario individual explica que aquella sanción sólo se aplique al naviero, pero en atención a las consideraciones expuestas no parece dudoso que esa sanción de la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad terminaría por imponerse si llegara a introducirse en nuestro ordenamiento la figura del empresario individual con responsabilidad limitada.

Madrid, 2 de abril de 1990.

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho mercantil