

Gestión de negocios en la Sociedad Anónima*

10.5.7. *Ideas generales sobre: Principios registrales, Documento y Registro, Registro Mercantil y Registro de la Propiedad*

A) *Principios registrales*

Nos hemos ocupado antes, en este estudio, de la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y facultades de los Administradores (10.5.6.4.1), Gerentes (10.5.6.6.2.1), Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva (10.5.6.7.1) y Apoderados (10.5.6.6.1), y de la inscripción de la escritura de constitución de la Sociedad Anónima (10.3.2.2). Hemos estudiado asimismo la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos estipulados por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación, unidos a la ratificación otorgada por los órganos de la Sociedad Anónima o por sus Apoderados.

Veamos ahora cuáles son los principios registrales que rigen dichas inscripciones.

El mundo registral se rige por los siguientes principios:

- 1.º Principio de rogación: el Registrador no puede actuar de oficio.
- 2.º Principio de legalidad: sólo son inscribibles los actos y contratos válidos.
- 3.º Principio de publicidad: en su acepción de publicidad formal significa que todos los interesados pueden enterarse del contenido del Registro, y en su acepción de publicidad material, que lo no inscrito se presume desconocido por los terceros, y lo inscrito, conocido por todos.
- 4.º Principio de legitimación: los asientos del Registro se presumen

(*) Tercera parte de lo publicado en el número de julio-agosto de 1981.

en el principio de fe pública registral, la fe pública del Registrador es originaria por no fundarse, al menos directamente, en actuaciones notariales. El hecho de que el Notario actúe con intermediación y el Registrador sin ella es incuestionable, pero no lo son tanto las consecuencias que se han querido extraer de este hecho, como la de que en nuestro Derecho no existen inscripciones constitutivas.

Las inscripciones se practicarán, generalmente, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad, en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente (arts. 3.º de la Ley Hipotecaria y 8.º del Reglamento del Registro Mercantil). En virtud de escritura pública se practicarán, en general, las inscripciones a que hace referencia este estudio (inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos otorgados por los gestores en nombre de la Sociedad en creación y su ratificación y de las aportaciones sociales, cuando tengan por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos; inscripción en el Registro Mercantil de constitución de la Sociedad Anónima, del órgano administrativo y de los Apoderados de la Sociedad).

C. Registro Mercantil y Registro de la Propiedad

Existe una pluralidad de Registros. Los hay civiles, mercantiles, administrativos, hipotecarios y simplemente estadísticos. Unos ni siquiera publican, otros sólo publican, otros publican y legitiman y, finalmente, otros, además, constituyen. Los Registros Mercantil y de la Propiedad publican, legitiman y en ocasiones constituyen. Aparte de la finalidad específica de cada Registro, es perceptible una finalidad genérica en todos ellos, consistente en deparar seguridad, mediante la constatación de los hechos, actos y contratos.

Entre los Registros Mercantil y de la Propiedad existen analogías y diferencias.

En el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 eran mayores las diferencias que las analogías. Hoy, después del Reglamento de 1956, se han invertido los términos y son mayores las analogías.

El profesor GARRIGUES escribía en 1949, con referencia al Reglamento de 1919, entonces vigente, que entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad no había razón de analogía, sino que, salvo el dato de ser ambos Registros instrumentos de publicidad, todo son diferencias, que arrancan de la diversidad del objeto de la inscripción.

El preámbulo del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 anticipa al respecto una visión de conjunto de su articulado, al declarar que:

«La progresiva expansión del fenómeno asociativo mercantil impone un robustecimiento de los principios básicos del sistema, que no son sustancialmente distintos de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario».

Al establecer un paralelismo entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad es conveniente estudiar separadamente, respecto de las inscripciones, en uno y otro Registro: *a)* el objeto; *b)* los efectos, y *c)* la finalidad.

a) Todas las inscripciones tienen su objeto. En la de constitución de Sociedad hay que distinguir el objeto de la inscripción y el objeto de la Sociedad, que debe constar preceptivamente en la inscripción, conforme al artículo 100, número 4, en relación con el 102, letra *b)*, del Reglamento del Registro Mercantil. Ambos conceptos —objeto de la inscripción y objeto de la Sociedad Anónima— coexisten en la misma inscripción, pero ambos conservan su identidad. Constituyen el objeto social las operaciones a las que la Sociedad va a dedicar su actividad, y constituye el objeto de la inscripción la persona jurídica que con ella se crea.

Se ha dicho que en los Registros públicos se inscriben hechos, actos, contratos, documentos, títulos y derechos. Los derechos están contenidos en los actos y contratos. Los títulos, en su acepción causal, se identifican con los actos y contratos, y en su acepción formal con los documentos, y éstos son considerados por algún autor en su dimensión fáctica, que los identifica con los hechos. De todo lo cual es deducible que la alternativa puede quedar reducida, en gran síntesis, a sólo dos elementos susceptibles de constituir el objeto de la inscripción, dotados ambos de sustantividad propia e individualidad distinta: los hechos y los actos y contratos.

Durante mucho tiempo la doctrina ha venido afirmando mayoritariamente que en el Registro Mercantil se inscribían hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos.

A nuestro juicio, este punto de vista no es exacto, y ni siquiera lo era referido al Reglamento de 1919. Si el inscribir, por ejemplo, el nombramiento de los Administradores en el Registro Mercantil, en virtud de acuerdo de la Junta General, se entiende que lo que se inscribe es el hecho de haber sido nombrados y no el acuerdo de la Junta nombrándolos, paralelamente cabría afirmar que al inscribir una herencia lo que se inscribe es el hecho de que los herederos hayan sido instituidos y no el acto jurídico de la institución de herederos, según el testamento o el auto de declaración de herederos. DE LA RICA aduce un ejemplo semejante.

En esta línea, la Dirección General de los Registros tenía declarado, en Resolución de 8 de julio de 1933, que: «La manifestación de que en

el Registro Mercantil sólo se inscriben hechos ha de entenderse poco precisa e inarmónica con la Exposición de Motivos del Código de Comercio, según el cual, el Registro Mercantil se eleva a la categoría de institución netamente jurídica».

El profesor GARRIGUES escribía en 1949, bajo la vigencia del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, que en el Registro Mercantil se inscriben personas y hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos.

Y DE LA RICA, en 1955, con referencia al Reglamento de 1956, todavía en proyecto, escribía que el Registro de la Propiedad es un Registro de relaciones jurídicas (títulos en su acepción causal, no en la documental) generadoras de derechos sobre inmuebles y asimilados, que constituyen su soporte objetivo, y que el Registro Mercantil es un Registro de relaciones jurídicas generadoras de derechos obligacionales del comercio, cuyo soporte es el comerciante individual o social.

En las consideraciones precedentes y en las que siguen dejamos aparte el objeto de la inscripción en el Registro de buques y de aeronaves, que caen fuera de nuestro estudio.

La cuestión de cuál sea el objeto de la inscripción en el Registro Mercantil queda hoy resuelta en el artículo 1.º del Reglamento vigente de 1956, a cuyo tenor: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresarios individuales, Sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes». Y como quiera que en el Registro de la Propiedad se inscriben asimismo actos y contratos, conforme preceptúa el artículo 2 de la Ley Hipotecaria —que si bien en algunos de sus números habla de títulos, lo hace en su acepción causal de actos o contratos—, es hoy incuestionable que entre ambos Registros existe una notoria analogía en cuanto al objeto de la inscripción.

No obstante, esa identidad no es absoluta, ya que en el Registro Mercantil se inscriben el comerciante individual y el social, que no tienen acogida en el Registro de la Propiedad.

Por lo demás, no cabe montar ninguna diferencia sobre la base de que en el Registro Mercantil, en algún caso aislado, se sigan inscribiendo hechos —como en el del comerciante individual, que al ser inscrito, lo que se inscribe es el hecho de ejercer el comercio—, y que en el Registro de la Propiedad no tenga acogida la inscripción de hechos, porque también los hechos, en algún caso, son inscribibles en el Registro de la Propiedad, como cuando, conforme al artículo 23 de la Ley Hipotecaria, se hace constar el hecho del cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos. Tampoco constituye una diferencia la circunstancia de que en el Registro de la

Propiedad se inscriban fincas, no inscribibles en el Registro Mercantil, porque las fincas no constituyen el objeto directo de la inscripción, sino el objeto del objeto, ya que lo que se inscribe es el acto o contrato que recae sobre las fincas.

Por otra parte, el objeto de la inscripción es más heterogéneo en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad. Esta heterogeneidad ha motivado que el artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil, que acaba de transcribirse, haya recurrido, al tratar de perfilar el objeto de la inscripción, a la fórmula de la enumeración y no a la definición.

La importancia de delimitar el objeto de la inscripción radica principalmente en que el objeto repercute en los efectos, porque la inscripción de hechos produce efectos más restringidos que la de actos y contratos, lo cual, en parte, es debido a que, como ya ponía de manifiesto la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de julio de 1933, suele ser difícil calificar la veracidad de la declaración de haberse verificado un hecho.

b) Por lo que respecta a los efectos de la inscripción, el Reglamento del Registro Mercantil vigente, al consagrar en su artículo 3 los principios de legitimación y fe pública y al disponer en su cuarta disposición adicional la aplicación del Reglamento Hipotecario, como supletorio del Reglamento del Registro Mercantil, viene a proclamar la casi completa identidad entre los efectos de la inscripción registral mercantil y la inmobiliaria, recogida explícitamente por la Dirección General de los Registros en Resolución de 16 de marzo de 1967. Sin embargo, la identidad no es absoluta, porque perduran diferencias cuantitativas y cualitativas. Cuantitativas porque en el Registro Mercantil no tiene aplicación el principio de tracto sucesivo propio, ya que no es tal la exigencia del artículo 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, como veremos en la referencia 10.5.7.6. Y cualitativas, porque los principios registrales se aplican con distinta intensidad en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad.

Durante mucho tiempo se ha venido sosteniendo que los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad eran diferentes, porque era distinto el objeto de la inscripción en uno y otro Registro, ya que —se decía— en el Registro Mercantil se inscriben hechos, y en el de la Propiedad, actos y contratos. Sobre la base de la diferencia en el objeto, se pasaba a afirmar la diferencia en los efectos. Hoy cabe invertir los términos de la argumentación y deducir la analogía en el objeto, de la analogía en los efectos, afirmando que el objeto de la inscripción es similar —los actos o contratos— porque similares son los efectos.

c) Por la finalidad de la inscripción. Es evidente que en ambos Registros lo que se pretende es conseguir seguridad jurídica. Dentro del tráfico comercial, en el Registro Mercantil. Y dentro del tráfico inmobiliario, en el Registro de la Propiedad.

10.5.7.1. *Principio de rogación*

Tanto la actuación del Registrador de la Propiedad como la del Registrador Mercantil son rogadas. Ni uno ni otro pueden actuar de oficio. El artículo 6 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de rogación en el Registro de la Propiedad, y el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil lo consagra en este Registro. El principio rige en el Registro Mercantil, a pesar del texto aparentemente adverso, en relación con las Sociedades, del artículo 17 del Código de Comercio y concordantes.

En la exposición del tema estudiaremos, en primer lugar, la materia común a ambos Registros y después la específica del Registro Mercantil, con especial atención a aquellos preceptos que parecen inclinarse por la inscripción obligatoria.

A) *Doctrina común al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil*

El vocablo «podrán» contenido en los artículos 6 de la Ley Hipotecaria y 28 del Reglamento del Registro Mercantil, referido, respectivamente, a la petición de inscripción y a la presentación de documentos, consagra el principio de rogación en ambos Registros. El artículo 6 dispone que: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) por el que adquiera el derecho; b) por el que lo transmita; c) por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir, y d) por quien tenga la representación de cualesquiera de ellos». Y el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que «los documentos podrán ser presentados por el interesado o por cualquier mandatario expreso o tácito del mismo». Por lo demás, el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, aplicable también al Registro Mercantil en virtud de la cuarta disposición adicional, prescribe que: «Se considerará comprendido en el apartado d) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción». En la práctica, los documentos son presentados, normalmente, por un mandatario del adquirente.

En ambos Registros, como queda dicho, se admite, pues, la rogación

tácita, no siendo necesaria una petición de inscripción expresa, sino que ésta se entiende solicitada por la simple presentación del título en el Registro, en función del contenido de la parte dispositiva de las escrituras. La petición de inscripción perdura hasta que se despache el título, caduque el asiento de presentación —lo cual ocurrirá normalmente a los sesenta días hábiles desde la presentación (arts. 17 de la Ley Hipotecaria y 27 del Reglamento del Registro Mercantil)— o se produzca desistimiento. Si quien desiste es el presentante o el interesado, hay que distinguir según que el desistimiento sea total o parcial. Si es total deberá formularse en documento público o privado con firmas legitimadas notarialmente. Si es parcial, por afectar solamente a una parte del contenido del documento, podrá realizarse verbalmente. Si se trata de documentos judiciales o administrativos, el desistimiento deberá ser decretado o solicitado por la autoridad, funcionario u órgano que hubiere expedido el mandamiento o documento presentado (art. 433 del Reglamento Hipotecario).

Los Registradores no estarán obligados a extender asiento de presentación de los títulos que reciban por correo, excepto cuando se trate de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas. Sin embargo, podrán presentarlos y despacharlos, devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición de quien tenga derecho a ellos. En caso de presentar el documento, el Registrador considerará como presentante al solicitante de la presentación o al remitente del documento, y como hora de entrada en el Registro la de su determinación de despacharlo. En el supuesto de que opte por la no presentación notificará su decisión al remitente (art. 418 del Reglamento Hipotecario).

Los Registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos: 1) los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral; 2) los documentos relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios; 3) los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación registral alguna (art. 420 del Reglamento Hipotecario).

El número 1 que precede impide que pueda ser utilizada la presentación en el Registro para dotar de fehaciencia a los documentos privados, a efectos del artículo 1.227 del Código Civil.

El texto de los artículos 433, 418 y 420 del Reglamento Hipotecario transcritos es el actual, tal como han quedado redactados después del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982. Dichos artículos son aplicables también al Registro Mercantil, en méritos de la cuarta disposición adicional del Reglamento de dicho Registro.

La doctrina de la petición de inscripción antes expuesta, no se circunscribe a las inscripciones en sentido estricto, sino en un sentido comprensivo de cualquier asiento registral. Dentro del Derecho registral mercantil se considera, v.gr., petición de inscripción, la petición de anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales, contemplada en el artículo 112 del Reglamento Mercantil (10.5.6.5.3), y la petición de nota marginal, a que se refiere el artículo 383 del Reglamento Hipotecario, cuando una vez practicada la inscripción de la escritura de constitución de Sociedad en el Registro de la Propiedad, vuelva a presentarse el título en el Registro Mercantil, para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél. Podrán aducirse otros ejemplos dentro del Registro Inmobiliario y Mercantil. Hemos elegido los dos que preceden por su relación con la materia objeto de nuestro estudio.

B) *Doctrina especial aplicable al Registro Mercantil.*

Su comparación con la que rige en el Registro de la Propiedad

El artículo 17 del Código de Comercio dispone que la inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades será obligatoria.

El artículo 93 del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa con carácter general que toda inscripción que tenga carácter obligatorio, conforme al Código de Comercio y leyes especiales o a este Reglamento, deberá ser solicitada por los Administradores de la Sociedad, presentando en el Registro los documentos necesarios dentro de los treinta días siguientes al otorgamiento o su autorización, o, en su caso, dentro del plazo especialmente señalado por la ley. Los Administradores responderán de los daños y perjuicios derivados de la falta de presentación o en los casos de culpa o negligencia.

Los artículos 26, 27 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas contemplan la rogación, con referencia específica a la escritura de constitución de la Sociedad Anónima.

El artículo 26 dispone que la escritura pública de fundación será, en todo caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la Sociedad dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento; que los otorgantes tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad, y que la presentación deberá efectuarse en el primero de dichos Registros del domicilio de la Sociedad, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

A lo que añade el artículo 27, que «si hubiese retraso... en la pre-

sentación o morosidad en las gestiones necesarias para inscribir la escritura social que fuesen imputables a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados».

Los artículos 26 y 27 citados aluden a la presentación en la que, como decíamos, está implícita la solicitud de inscripción. El artículo 13, en cambio, se refiere directamente a la inscripción, al preceptuar que: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad...». Los fundadores están, pues, obligados no sólo a presentar la escritura de constitución, sino también a hacer todo lo necesario para subsanar los defectos que impidan la inscripción en el Registro Mercantil. Cuando el Registrador Mercantil comunique al presentante que existen defectos o devuelva el documento con nota de calificación para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, el presentante deberá ponerlo en conocimiento de todos los fundadores, porque se presume mandatario de todos ellos.

El artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil contiene una lista de los actos y contratos que se inscribirán «obligatoriamente» en la hoja abierta a cada Sociedad, en la que, circunscribiéndonos a aquellos relacionados con este estudio, se comprenden los siguientes:

«1.º La constitución de la Sociedad.»

«5.º El nombramiento y cese de Administradores...»

«6.º Los poderes, así como su modificación, revocación y suspensión», añadiendo que: «No será 'obligatoria' la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción».

«8.º Todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital.»

Nada significa, en contra del principio de rogación, que la inscripción se declare obligatoria en los artículos citados. No cabe deducir, en efecto, de tales preceptos que el Registrador deba inscribir de oficio, ni siquiera que los interesados estén obligados a inscribir. El Registrador está libre de tal obligación, porque el legislador al imponerla se refiere a los interesados. Y éstos tampoco están, en puridad, obligados a inscribir, porque el Reglamento emplea la palabra «obligación» en el sentido de carga. La carga, en efecto, se diferencia de la obligación en que supone una especie de deber, impuesto al solo efecto de la consecución de un interés del propio obligado. Este interés se concreta en la consecución de los bene-

ficios que los principios registrales atribuyen a la inscripción: en la presunción de que los terceros conocen los derechos inscritos; en la presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos, y en la de exactitud, integridad y validez de los asientos registrales; en la posibilidad de modificar la realidad extrarregistral, mediante las inscripciones constitutivas, y de reflejarla en el Registro, mediante las declarativas; en la protección que los Tribunales dispensan a los derechos inscritos, etc.

Y por lo que se refiere a los negocios jurídicos relacionados directamente con este estudio, si los fundadores de la Sociedad Anónima están obligados a inscribirla es para que el proceso constitutivo conduzca a la creación de una Sociedad Anónima (art. 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas) y para que la inscripción produzca efectos publicitarios; la Sociedad Anónima no tiene propiamente obligación de inscribir el nombramiento de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, pero debe inscribirlos si quiere que dichos órganos sociales y Apoderados, al contratar en nombre de la Sociedad con los terceros o al otorgar la escritura de ratificación, originen relaciones jurídicas que ligen a los terceros con la Sociedad (art. 86, núms. 5 y 6, del Reglamento del Registro Mercantil) y que estas relaciones puedan inscribirse después en el Registro de la Propiedad (art. 4, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil); la Sociedad debe cuidar de inscribir la modificación, revocación y sustitución de los poderes, si quiere evitar que tales poderes se presuman vigentes e inalterados para los terceros (artículo 86, núm. 6, del Reglamento del Registro Mercantil y principio de publicidad material negativa 10.5.7.3, letra B); deben inscribirse, además, los documentos a los que nos referimos para que sean admitidos en Juzgados, Tribunales, Oficinas y Notarios (art. 95 del Reglamento del Registro Mercantil), y se debe inscribir previamente en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la Sociedad, para que sean inscribibles a favor de la misma, en el Registro de la Propiedad, las aportaciones sociales consistentes en inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos (Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 21 de mayo de 1935 y 9 de febrero de 1943).

Dentro del Derecho registral inmobiliario, ningún artículo de nuestra Ley Hipotecaria habla de obligatoriedad de la inscripción. Por consiguiente, ni siquiera al socaire de una interpretación literal puede sostenerse que la inscripción sea obligatoria. Al igual que en el Registro Mercantil, ésta constituye sólo un requisito para que se produzcan determinados efectos jurídicos en beneficio del titular inscrito: los derivados de los principios registrales inmobiliarios, coincidentes en lo sustancial con los

que rigen en el Registro Mercantil, con la adición del principio de tracto sucesivo, inexistente en su sentido propio en el libro de Sociedades. También respecto de la inscripción en el Registro de la Propiedad se consagra la inadmisibilidad de los documentos no inscritos en Juzgados y Oficinas del Estado (art. 313 de la Ley Hipotecaria).

Del hecho de que la inscripción no sea obligatoria en el Registro Mercantil ni en el de la Propiedad, no es deducible, sin embargo, que sea voluntaria, porque existen tres clases de inscripciones: obligatorias, necesarias y voluntarias. Y las inscripciones calificadas por el legislador de obligatorias, son simplemente necesarias para la producción de determinados efectos, en los términos expuestos. Pero no son propiamente voluntarias. Tampoco las inscripciones constitutivas son obligatorias, sino necesarias (inscripciones de constitución de Sociedad Anónima, de los Consejos Delegados y de la Comisión Ejecutiva en el Registro Mercantil, y de la hipoteca y del derecho de opción de compra en el Registro de la Propiedad). No se diferencian de las declarativas en la obligatoriedad, sino en el alcance de aquella necesidad. Las inscripciones constitutivas son, en efecto, necesarias para la existencia del Derecho; las declarativas, para su validez respecto de tercero.

Se ha dicho que la acción coercitiva no debe ir más allá de donde llega el interés público, y que no existe un interés público en la inscripción registral. De lo cual es deducible que el Estado no debe utilizar la coerción para fomentarla. Suscribimos íntegramente la premisa mayor del razonamiento, pero no la menor. Creemos que la inscripción registral sirve un interés público, por la seguridad jurídica que origina, base del crédito territorial y, en definitiva, del desarrollo económico. Ese interés público debe proyectarse en la ley positiva y negativamente. En sentido positivo, estimulando la inscripción con medidas que se cumplan. A este respecto, la inadmisibilidad en las Oficinas públicas de los documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil, no pasa de ser una declaración platónica, sin aplicación práctica. Y en sentido negativo, evitando las inscripciones improcedentes. A este respecto, la función calificadora atribuida a los Registradores Mercantiles y de la Propiedad (10.5.7.2) constituye un tamiz que impide la inscripción de derechos dudosos y de documentos que no reúnan en su fondo y en su forma todos los requisitos necesarios para la inscripción.

El presentante de documentos, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad, en virtud de la representación tácita que se le atribuye, está legitimado para que se le manifiesten las faltas de que adolezcan los documentos que haya presentado; para retirarlos; para presentar documentos subsanatorios; para solicitar que se extienda anotación preven-

tiva de suspensión, por defecto subsanable, con objeto de alargar el plazo del asiento de presentación; para solicitar que se extiendan al pie del documento, en forma clara y concisa, los motivos en que se base la calificación y su alcance. Sin embargo, no está legitimado, por su simple condición de presentante, para recurrir gubernativamente contra la calificación del Registrador Mercantil o del Registrador de la Propiedad. A tal recurso se refieren los artículos 49 del Reglamento del Registro Mercantil y 66 de la Ley Hipotecaria.

A ese respecto, nos parece excesiva la función de arbitraje atribuida al presentante por el artículo 434, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario, en cuanto a la divisibilidad de la calificación, al facultarle para que consienta, en nombre de los interesados, en que se inscriban los documentos, denegando algún pacto o estipulación, por las razones que se aducen en la referencia 10.5.7.2, letra G.

C) *El principio de rogación como requisito*

En la distinción que suele hacerse entre principios registrales que constituyen requisitos o presupuestos para que la inscripción pueda practicarse y principios registrales que regulan los efectos de la inscripción, el principio de rogación queda enmarcado dentro del primer grupo.

D) *Rogación y legalidad*

Entre los principios de rogación y de legalidad existe una estrecha conexión. Para que pueda practicarse la inscripción, se requiere la concurrencia de dos voluntades: la del interesado y la del Registrador. La primera se manifiesta a través del principio de rogación. La segunda, a través del principio de legalidad. La voluntad del interesado suele atender a una conveniencia económica. La del Registrador atiende a una posibilidad jurídica. En la primera está presente un interés privado. En la segunda, un interés público.

10.5.7.2. *Principio de legalidad*

A) *Principio de legalidad y función calificadora*

El principio de legalidad exige que los títulos cuya inscripción se pretende sean sometidos a examen, con objeto de que sólo tengan acceso al Registro aquellos que reúnan en su fondo y en su forma todos los requisitos necesarios para su validez. Este examen previo constituye el

objeto de la función calificadora de los Registradores Mercantiles y de la Propiedad. Evitar las inscripciones producidas por títulos defectuosos su fin.

La naturaleza jurídica de la función calificadora ha sido muy discutida. Se ha dicho que es una función judicial propiamente dicha y que es una función administrativa. Hoy, descartadas ambas posiciones extremas, totalmente la primera y con matices la segunda, la alternativa queda reducida a dos posiciones intermedias: la de la función judicial del tipo de jurisdicción voluntaria y la de la función administrativa del tipo de protección estatal de los derechos. La doctrina científica se inclina mayoritariamente por el primer punto de vista.

Como veremos después (10.5.7.4, letra B), en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad rige el principio de legitimación. Conforme a este principio, los asientos del Registro se presumen válidos, de lo cual es deducible que debe existir un trámite previo, en el que se emita juicio sobre la validez de los títulos.

En este sentido, el preámbulo del Reglamento del Registro Mercantil formula, con referencia a este Registro, la siguiente declaración: «La necesidad de que los Administradores, Gerentes y Apoderados tengan legitimadas sus facultades dispositivas y contractuales mediante la inscripción..., impone un robustecimiento de los principios básicos del sistema, que no son sustancialmente distintos de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario», palabras con las que se fundamenta la extensión al Registro Mercantil de la función calificadora.

B) Ambito de la función calificadora en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad

El ámbito de la calificación se extiende en el Registro Mercantil, según el artículo 5 de su Reglamento, a la «competencia y facultades de quien autorice o suscriba los títulos presentados, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de los documentos, examinando si se han cumplido los preceptos legales de carácter imperativo».

En el Registro de la Propiedad, la calificación abarca prácticamente los mismos extremos que en el Registro Mercantil, aunque el tenor literal del artículo 18 de la Ley Hipotecaria no coincida exactamente con la letra del artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Dispone el mencionado artículo 18 que: «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así

como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas».

Por lo demás, la calificación se basará en ambos Registros, en lo que resulte de los títulos presentados y de los asientos del Registro.

Comparando ambos preceptos, se observa que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a diferencia del artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, no hace referencia explícita a la competencia ni a la legitimación. La doctrina entiende, no obstante, que la primera está comprendida dentro de las formalidades extrínsecas, y la segunda, dentro de la capacidad.

Otra diferencia se halla en las palabras finales del párrafo 1 del citado artículo 5 del Reglamento, al preceptuar que los Registradores examinarán «si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo», obligación que se omite en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. No es fácil comprender esa expresión ni su inclusión en el contexto del artículo. Caben dos interpretaciones, ninguna convincente, como apunta AVILA: 1.^a La de que, *además* de calificar la competencia y facultades, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad y legitimación y la validez, el Registrador Mercantil debe calificar si han sido cumplidos los preceptos legales de carácter imperativo, en cuyo caso, con el respaldo de esta expresión, las facultades calificadoras no tendrían límite, en contra del resto del precepto, que es, evidentemente, limitativo. 2.^a La de que *sólo* cabe la calificación suspensiva o denegatoria cuando los preceptos legales en que se apoya la calificación de la competencia, facultades y demás elementos expresados tengan carácter imperativo, interpretación asimismo rechazable, porque puede inducir a creer que hay casos en los que esos preceptos no tienen carácter imperativo. Quizá no deba verse otra cosa en la expresión comentada que una simple recomendación definitivamente formulada encaminada a que no se extreme el rigor en la calificación, exceptuando la escritura de constitución de Sociedad, que, como veremos después, debe ser calificada con toda severidad.

Pero la diferencia más importante en el tenor literal de los dos artículos, que ponemos en paralelo, es la referencia a la legitimación contenida en el Reglamento del Registro Mercantil y omitida en la Ley Hipotecaria, por considerarla comprendida en la capacidad.

C) *Capacidad y legitimación*

Una tendencia doctrinal incluye la legitimación dentro de la capacidad. Esta puede ser —se dice— subjetiva y objetiva. La subjetiva mira a la persona en sí misma considerada. La objetiva, en relación con una posición determinada. La legitimación es la capacidad objetiva.

Otra tendencia atribuye a la legitimación sustantividad propia. La legitimación —se dice— comprende dos elementos: la titularidad y el poder de disposición. En los actos dispositivos se requiere no sólo que el otorgante tenga capacidad para vender, para hacer aportaciones, etc., sino, además, que sea titular del derecho de que dispone y que este derecho le pertenezca libre de limitaciones dispositivas. Y en los actos adquisitivos se requiere no sólo que el otorgante tenga capacidad para adquirir, sino que la pueda ejercitar con referencia a la relación jurídica que se propone otorgar al adquirir por compra, aportación o cualquier otro título.

Según CARNELUTTI (*Teoría general del Derecho*), la legitimación consiste en el deber ser o no ser del agente, respecto del bien sobre el cual se desarrolla el hecho, para que éste produzca determinadas consecuencias de derecho.

Pensamos modestamente que la legitimación no hace referencia al ser, sino al estar. Al estar en determinada posición jurídica. La distinción se encuentra en que la capacidad es un modo o forma de ser, y la legitimación un modo o forma de estar. Se es capaz. Se está legitimado.

El concepto de legitimación viene del Derecho procesal, desde el cual ha sido trasplantado al Derecho sustantivo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1969 declara, con referencia a la legitimación procesal, que ésta es una cualidad jurídica de las personas que se hallan en determinada relación con el objeto del proceso.

El hecho de que el Reglamento del Registro Mercantil y no la Ley Hipotecaria incluya la legitimación entre los elementos sujetos a calificación, podría ser debido a que el primero recogió la distinción entre capacidad y legitimación en tiempos recientes (1956), cuando el concepto de legitimación ya estaba elaborado, mientras que al publicarse la primera Ley Hipotecaria, la construcción jurídica que distinguía ambos conceptos era todavía desconocida, y por esta razón, la ley alude sólo a la capacidad, enfoque que por inercia ha venido perdurando a través de las sucesivas modificaciones de la Ley Hipotecaria. Es de notar, al respecto, que el Reglamento del Registro Mercantil de 1919 tampoco aludía a la legitimación.

Es conveniente distinguir entre capacidad de derecho o personalidad, capacidad de obrar o de ejercicio y legitimación.

Los dos primeros conceptos son de sobra conocidos. Capacidad jurídica o de derecho es la aptitud abstracta para ser titular de derechos y obligaciones, y capacidad de obrar o de ejercicio es la aptitud para ejercitar la capacidad de derecho otorgando actos jurídicos. Ambas capacidades se fundan en razones subjetivas. Contemplan el sujeto o agente aisladamente, con abstracción del mundo que lo circunda.

La legitimación, en cambio, atiende a razones objetivas. Contempla la aptitud del sujeto o agente, con referencia al objeto del acto que se propone realizar.

La capacidad de obrar presupone la capacidad de derecho, porque sólo quien posee una aptitud puede ejercitarla. La legitimación eficaz presupone asimismo la capacidad de obrar, porque sólo el que puede ejercitar derechos, puede ejercitar el derecho que está en conexión con el objeto de determinada relación jurídica.

Toda actuación válida del sujeto exige la concurrencia de las tres aptitudes a que hemos hecho referencia.

La Sociedad Anónima adquiere la capacidad de derecho mediante la inscripción en el Registro Mercantil, ya que desde el momento de la inscripción, según el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, tendrá personalidad jurídica.

Simultáneamente, al ser inscrita adquirirá asimismo la capacidad de obrar. En este sentido, el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, al permitir que la Sociedad acepte los contratos concluidos en su nombre dentro del plazo de tres meses siguientes a la inscripción, viene a reconocer la validez de la aceptación otorgada inmediatamente después de practicada aquélla y, por consiguiente, la capacidad de obrar de la Sociedad. La capacidad de obrar es, en efecto, la aptitud para ejercitar derechos y asumir obligaciones, y mediante esa aceptación se adquieren derechos y se asumen obligaciones.

Coincide con esa doctrina la que, con carácter más general, se contiene en el artículo 38 del Código Civil, a cuyo tenor: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales conforme a las reglas de su constitución». Expresamente reconoce el precepto la capacidad de las personas jurídicas y de la Sociedad Anónima como tal para los actos adquisitivos y, por consiguiente, para la ratificación de los contratos de esta naturaleza concluidos por los Gestores en nombre de la Sociedad Anónima en su fase de creación, cuyos contratos pueden ser de adquisición, pero difícilmente de disposición de bienes, porque la Sociedad, por carecer de personalidad jurídica antes de la inscripción, no puede ser titular de propiedades de las que hayan podido disponer, en su nombre, los Gestores.

La Sociedad Anónima, por otra parte, sólo estará legitimada para otorgar la ratificación (art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), si el acto o contrato que se ratifica está comprendido dentro del objeto social. La Sociedad, en efecto, conforme a una interpretación de nuestro Derecho positivo sin concesiones, no puede actuar fuera del objeto social.

El Derecho vivido, sin embargo, ha suavizado este rigor (referencia 10.5.6.2.2, 1.^a).

Al estudiar la capacidad de los órganos sociales, hay que recordar de entrada que los Administradores no son comerciantes. Sólo lo es la Sociedad Anónima. No cabe, por consiguiente, exigir a los primeros la capacidad para ejercer el comercio.

La capacidad de obrar de los Administradores, se rige por el artículo 82 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 13 del Código de Comercio. Según el primero: «No podrán ser Administradores los sometidos a interdicción, los quebrados y concursados no rehabilitados, los menores e incapacitados, los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, los que hubieren sido condenados por grave incumplimiento de las leyes o disposiciones sociales y aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio». El precepto comprende incapacidades y prohibiciones. «Tampoco podrán ser Administradores de las Sociedades los funcionarios al servicio de la Administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de la Sociedad de que se trate.» Lo cual constituye una prohibición.

Se ha dicho que la Junta general puede habilitar a los menores e incapacitados para ser Administradores, los cuales actuarían por medio de sus representantes legales, y que con mayor razón los Estatutos pueden conferir esa habilitación. Se ha dicho, asimismo, que el Consejo de Administración está facultado para conferirla, de lo cual disentimos, ya que no lo está para nombrar a los Consejeros que lo integran, cuyo nombramiento corresponde a la Junta general.

La Junta general está formada por los accionistas. Pueden serlo los menores e incapacitados, los cuales actuarán por medio de sus representantes legales. Obviamente, los menores emancipados, al emitir su voto favorable a los actos o contratos comprendidos en los artículos 59 y 317 del Código Civil, en Junta general, respecto de los bienes de la Sociedad, no necesitan los consentimientos exigidos en dichos preceptos.

Mayor complejidad reviste la legitimación de los órganos sociales. Si los órganos sociales fueran la Sociedad misma, la legitimación de los órganos sociales sería la legitimación de la Sociedad. La delimitación entre la Sociedad y sus órganos es ciertamente borrosa, pero la construcción organicista no excluye la existencia de un vínculo jurídico entre la Sociedad y sus órganos.

Por lo que respecta al órgano administrativo, la destitución de los Administradores, prevista en el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas; la alusión a la diligencia de un representante legal, contenida en el artículo 79 de la misma ley, y el precedente de los artículos 122 al final

y 156 del Código de Comercio, reconducen a la figura del mandato, que por analogía, sería asimismo aplicable a la Junta general.

Con esta construcción jurídica queda deslindada la legitimación de la Sociedad y la de sus órganos, pero no desconectada, porque para que los órganos sociales puedan actuar válidamente en el orden externo no basta con que estén legitimados, sino que también debe estarlo la Sociedad.

La legitimación de los órganos sociales se mide por la posición en que se encuentran respecto de la Sociedad y respecto del objeto del contrato.

En la legitimación del órgano administrativo hay que distinguir la que le corresponde conforme al estricto Derecho positivo y conforme al Derecho vivido de Sociedades Anónimas. Según el Derecho positivo, el órgano administrativo, cuando según la Ley o los Estatutos ostente la representación de la Sociedad, estará legitimado para representarla en todas las operaciones de giro o tráfico, conforme al artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas (10.5.6.2.2, núm. 3). Según el Derecho vivido, su legitimación se extiende asimismo a los asuntos que no sean del giro o tráfico, cuando tal representación le sea atribuida por los Estatutos y aun cuando sea atribuida a la Junta general, en el caso típico de legitimación de urgencia (10.5.6.2.2, núm. 3, al final).

En la legitimación de la Junta general debe hacerse la misma distinción. Según el Derecho positivo estrictamente interpretado, parece que la Junta sólo estará legitimada, dentro del giro o tráfico, para ejecutar sus propios acuerdos ostentando la representación de la Sociedad, en los contados casos enumerados en la referencia 10.5.6.2.2, número 4. En el Derecho vivido, las facultades representativas de la Junta revisten una mayor amplitud. Se entiende que está legitimada dentro del giro o tráfico para sustituir y en cierta manera suplantar al órgano administrativo investido de representación, y que lo está fuera del giro o tráfico en cuanto a las facultades que los Estatutos le atribuyan directamente y en cuanto a aquellas no atribuidas a nadie.

La legitimación para ratificar los contratos concluidos por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación (art. 7, párr. 1.º, de la Ley), viene atribuida al órgano administrativo o a la Junta general, según la Ley o el Derecho vivido, conforme a lo que llevamos expuesto y a la clase del negocio jurídico pendiente de ratificación (10.5.6.2.2, al final, justo antes de la referencia 10.5.6.3).

En cuanto a los Apoderados, tienen capacidad para actuar como mandatarios los mayores de edad. También los menores emancipados, pero la Sociedad sólo tendrá acción contra ellos conforme a lo dispuesto respecto de las obligaciones de los menores (art. 1.716 del Código Civil). No es

exigible la capacidad para ejercer el comercio porque el comerciante es la Sociedad.

La legitimación de los Apoderados requiere, además de la legitimación de la Sociedad y del órgano social que haya otorgado el poder, que el negocio jurídico en el que se concreta la actuación del Apoderado esté comprendido dentro de las facultades conferidas. Registralmente, el poder debe acreditarse mediante copia autorizada, sin que sea suficiente un testimonio (*vid.* 10.5.6.6.1, al final), y menos una copia simple. Tampoco son admisibles las fotocopias debido a la facilidad con que pueden trucarse. Si están testimoniadas, su valor se equipara a los testimonios, y si no lo están, es inferior al de las copias simples.

La palabra legitimación puede tomarse en dos sentidos: como requisito y como presunción. Como requisito para poder actuar con efectos jurídicos, y como presunción de existencia de los derechos y facultades inscritos y de exactitud, integridad y validez de los asientos registrales. En la primera acepción utiliza el vocablo el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil. En la segunda, el artículo 3, párrafo 1.º, del mismo Reglamento. En la primera acepción estudiamos la legitimación en este capítulo. En la segunda es estudiada en la referencia 10.5.7.4. En la inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados confluyen ambas acepciones, porque tal inscripción es un requisito necesario para que puedan contratar en nombre de la Sociedad y origina, por otra parte, la presunción a la que nos vamos refiriendo (10.5.7.4, letra F, b) y c)). Si los mencionados órganos o Apoderados contratan en nombre de la Sociedad sin haber sido inscritos en el Registro Mercantil, el contrato es nulo y podrán pedir su nulidad los terceros. Es de notar que la Sociedad no podrá invocar la falta de inscripción cuando incurrió en su omisión (artículo 2, párr. 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil), y que no es justo, aunque sea legal, que la pueda pedir el tercero, quien después de haber dado por buena la legitimación del órgano social o del Apoderado, al prestarse a contratar con ellos, la impugne o simplemente incumpla el contrato.

La legitimación del Apoderado requiere la previa inscripción del órgano administrativo que confiere los poderes, porque para los Administradores en cualquiera de sus modalidades, la inscripción en el Registro Mercantil es un requisito de legitimación no sólo para actuar, sino para otorgar poderes con objeto de que actúe otro. No es necesaria la previa inscripción de la Junta general, que confiere los poderes, para que pueda actuar el Apoderado, porque la Junta no es inscribible en el Registro Mercantil.

En todos los supuestos estudiados es necesaria la previa inscripción

de la Sociedad en el Registro Mercantil, no por constituir esta inscripción un requisito de legitimación, sino como consecuencia de los principios de inscripción constitutiva y de tracto sucesivo impropio. En virtud del primero, la Sociedad no existe hasta que se inscribe (referencia 10.5.7.8). En méritos del segundo, la inscripción de la Sociedad debe encabezar su propia historia registral (referencia 10.5.7.6).

D) *En la inscripción de constitución de la Sociedad Anónima, la calificación debe ser amplia y rigurosa*

Debe ser amplia porque debe extenderse a todos los extremos comprendidos en el artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, transcrito dentro de este mismo capítulo en la letra B. Así lo permite el extenso y variado contenido de la escritura de constitución. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de abril de 1943 declara que: «La escritura que sirve de fundamento a la Sociedad Anónima ha de contener, además del texto de los Estatutos que se aprueben, la constitución formal de la Compañía, y en especial el régimen y pago de las acciones, extremo éste de excepcional importancia, tanto para la negociación de los títulos y determinación de la responsabilidad de los accionistas, como para las relaciones de los acreedores y terceros con la Sociedad una vez constituida».

Y debe ser rigurosa porque, como hace notar la Exposición de Motivos del Reglamento del Registro Mercantil, esta exigencia tiene su fundamento en que la inscripción de constitución de la Sociedad Anónima determina nada menos que la «atribución de la personalidad jurídica» (artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas).

E) *Precedencia de la inscripción en el Registro Mercantil, respecto de la del Registro de la Propiedad*

La inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución de Sociedad debe preceder a la inscripción de sus bienes en el Registro de la Propiedad. Como declara la Resolución de la Dirección General de 21 de mayo de 1925: «A fin de evitar la situación irregular de haberse inscrito bienes en el Registro de la Propiedad a favor de una persona jurídica inexistente, se dictó la Real Orden de 28 de abril de 1925, en la cual, con carácter general, se dispone que las Sociedades sujetas a inscripción en el Registro Mercantil se inscribirán primero en el mismo», y que «si se aportasen bienes inmuebles o derechos reales se inscribirán después en el Registro de la Propiedad».

Paralelamente, la inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes y Apoderados en el Registro Mercantil, debe preceder asimismo a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos que otorguen, conforme a los artículos 4, párrafo 2.º, y 86, números 5.º y 6.º, del Reglamento del Registro Mercantil (10.5.6.4.1 y 10.5.6.6.1).

F) Calificación por el Registrador de la Propiedad de los documentos calificados por el Registrador Mercantil

Esa precedencia de la inscripción en el Registro Mercantil, respecto de las que se practiquen en el Registro de la Propiedad, plantea el problema de determinar la medida en que la calificación e inscripción en el Registro Mercantil limitan o condicionan la calificación en el Registro de la Propiedad.

Dos argumentos se suelen invocar en apoyo de tal limitación o condicionamiento: 1.º Que el Registrador Mercantil y el de la Propiedad están investidos por el Estado de una función idéntica, aunque la ejerciten en área distinta, razón por la cual no sería coherente que el Registrador de la Propiedad calificara en nombre del Estado, extremos que ya han sido calificados, también en nombre del Estado, por el Registrador Mercantil, con la posibilidad de que el primero emitiera un juicio opuesto al segundo. 2.º Que el principio de legitimación registral consagrado en los artículos 3, párrafo 1.º, y 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil, establece una presunción de validez del contenido de los libros del Registro y pone sus asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales (10.5.7.4, letras E y F, a). De lo cual se infiere que el Registrador de la Propiedad queda vinculado, en su calificación, por esa presunción de validez que le impide emitir juicio sobre los asientos del Registro Mercantil.

Conforme al anterior planteamiento, el Registrador de la Propiedad puede quedar vinculado a la calificación del Registrador Mercantil, por razón del documento y por razón de la inscripción. Lo primero, como consecuencia de la calificación del documento por este funcionario. Lo segundo, por razón de que el asiento practicado en el Registro Mercantil se presume válido y está bajo la protección de los Tribunales.

En dos aspectos interesa la cuestión a nuestro estudio: a) Con referencia al nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, al inscribir en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por los mismos. b) Con referencia a la escritura de constitución de la Sociedad Anónima,

al inscribir en el Registro de la Propiedad los actos o contratos otorgados por la propia Sociedad durante su vida social y las aportaciones sociales en inmuebles o derechos reales sobre los mismos formalizadas en el momento de la constitución.

a) El Registrador de la Propiedad no puede calificar el nombramiento y facultades de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados inscritos en el Registro Mercantil, al inscribir los actos y contratos otorgados por los mismos, en méritos de las dos razones expuestas: tales nombramientos y facultades ya habrán sido calificados por el Registrador Mercantil que los inscribió, ya que la calificación debe preceder siempre a la inscripción; la inscripción practicada en el Registro Mercantil se presume válida y está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Existe, además, un argumento, merecedor de una ponderación previa: el de que produciéndose la petición de inscripción de modo implícito, mediante la presentación de la escritura, su alcance tiene que medirse en función de su parte dispositiva, y en el caso que nos ocupa debe entenderse producido en relación con los actos o contratos otorgados por los Administradores y demás y no respecto de su nombramiento y facultades, porque sólo aquéllos y no éstos estarán presentes en la parte dispositiva. Es más, tales nombramientos y facultades, por ser de carácter personal, no serían inscribibles en el Registro de la Propiedad.

b) En cuanto a la constitución de la Sociedad, la posible vinculación del Registrador de la Propiedad, por la calificación del Registrador Mercantil que la haya inscrito, debe ser estudiada con referencia a dos momentos distintos:

a') Con referencia a los actos y contratos otorgados por la Sociedad con terceras personas, una vez inscrita y en cualquier momento de su vida social, y

b') Con referencia a las aportaciones sociales de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

a') El Registrador de la Propiedad no puede calificar la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil al inscribir los actos o contratos otorgados por la misma con terceras personas durante su vida social.

Los argumentos en apoyo del aserto son similares a los aducidos en el apartado letra *a)* que precede, al estudiar la calificación por el Registrador de la Propiedad del nombramiento y facultades de las personas integrantes del órgano administrativo y de los apoderados: la creación del ente jurídico Sociedad ya fue calificada por el Registrador Mercantil, puesto que la inscribió; la inscripción practicada en el Registro Mercan-

til se presume válida y está bajo el amparo de los Tribunales, y mediante la presentación de la escritura no se solicita la inscripción de la Sociedad en el Registro de la Propiedad, la cual, por otra parte, no sería inscribible, sino la inscripción de los actos o contratos otorgados por la misma.

En el sentido expuesto se pronuncian las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 9 de febrero de 1943, 24 de diciembre de 1948 y 24 de enero de 1949, al declarar que: «Los Registradores de la Propiedad no pueden suscitar cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de las Sociedades Anónimas, en cualquier momento de su vida social, porque esta materia es competencia de los Registradores Mercantiles», y que: «Las cuestiones relativas a la validez y legalidad de la constitución de las Sociedades Anónimas son de apreciación exclusiva de los Registradores Mercantiles». Ambos recursos versaban sobre contratos otorgados por la Sociedad, después de inscrita en el Registro Mercantil, en sendos momentos de su vida social.

Las resoluciones anteriores, parcialmente transcritas, aducen en su apoyo los artículos 18, 111 y 122, número 15, en armonía con el artículo 20, número 13, del Reglamento del Registro Mercantil de 1919.

Los artículos 18 y 111 corresponden a los artículos 1, párrafo 3.º, y 86 del Reglamento del Registro Mercantil vigente de 1956. El artículo 1, párrafo 3.º, establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales, y el artículo 86 preceptúa, en su párrafo 1.º, que en la hoja abierta a cada Sociedad, se inscribirán obligatoriamente: 1.º La constitución de la Sociedad... Los artículos 122, número 15, y 120, número 13, del anterior Reglamento del Registro Mercantil, no han sido recogidos en el Reglamento vigente, pero su doctrina sigue aplicándose en la práctica, al continuar redactándose el acta de inscripción en los siguientes términos: «Queda en su virtud inscrita la Sociedad (denominación social) para los efectos legales», cuyo tenor literal coincide exactamente con el consagrado en el número 13 del artículo 120 del Reglamento de Registro Mercantil de 1919.

La argumentación básica de los pronunciamientos de referencia podría articularse, en síntesis, mediante las siguientes premisas: 1.ª La Sociedad se inscribe según los términos del acta de inscripción, «para los efectos legales». 2.ª Uno de estos efectos es que la inscripción de constitución de Sociedad —como las demás inscripciones— está bajo la salvaguarda de los Tribunales. 3.ª El Registrador de la Propiedad carece de atribuciones para contradecir lo protegido por los Tribunales.

b') Calificada e inscrita en el Registro Mercantil la escritura de constitución de Sociedad, se plantea la cuestión de si el Registrador de la Propiedad, al inscribir las aportaciones sociales consistentes en bienes inmuebles o derechos reales, puede volver a calificar la escritura.

Pensamos que el problema debe resolverse a la luz de las siguientes premisas: 1.^a Las aportaciones sociales no se inscriben expresamente en el Registro Mercantil, ya que en el acta de inscripción no se hace ninguna referencia explícita a las mismas. Deben entenderse, no obstante, implícitamente inscritas, porque inscribiéndose la Sociedad «a los efectos legales», según reza esa acta, es evidente que se producen efectos en relación con las aportaciones. 2.^a En el Registro Mercantil se inscriben sólo derechos personales, obviamente con los efectos propios de estos derechos. En este sentido, recordemos de paso que la inscripción de las aportaciones no desembolsadas (art. 8 de la Ley de Sociedades Anónimas) sólo confiere a la Sociedad derechos personales: el derecho a reclamar su pago, cuando llegue el día, por los trámites señalados en el artículo 44 de la citada ley, sin más preferencia respecto a otros créditos personales que la establecida en los artículos 1.922 a 1.924 del Código Civil. 3.^a Mediante la escritura de constitución social y de la entrega material o de la tradición *ficta* implícita en la escritura pública, se produce la transmisión a la Sociedad de los bienes inmuebles o derechos reales aportados, sujeta a la *condictio juris* de la inscripción de la Sociedad (*vid.* referencia 10.3.2.2). 4.^a Sin embargo, la inscripción en el Registro Mercantil de las aportaciones del dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles, no produce efectos reales respecto de tercero, sino únicamente personales. Los efectos de carácter real respecto de tercero sólo se originan en virtud de la inscripción en el Registro de la Propiedad, y mientras esa inscripción no se practique, la Sociedad se encontrará a la intemperie ante los efectos de los principios registrales inmobiliarios adversos.

De lo que antecede se infiere que si bien las aportaciones de inmuebles y derechos reales sobre los mismos son inscribibles en ambos Registros, la naturaleza y los efectos de la inscripción son distintos en uno y otro, ya que en el Registro Mercantil se inscriben derechos personales con efectos personales, y en el Registro de la Propiedad se inscriben derechos reales con efectos reales. En suma, lo inscrito en un Registro y lo que se pretende inscribir en el otro es diferente y, en consecuencia, debe ser distinto el punto de mira de ambos funcionarios al calificar y la inscripción practicada en el Registro Mercantil no debe vincular al Registrador de la Propiedad. El planteamiento es, pues, distinto del contenido de la letra a') que precede. En éste se trataba de la inscripción en el Registro de la Propiedad de lo no inscrito en el Registro Mercantil. Aquí se trata de inscribir en el primero de esos Registros lo ya inscrito en el segundo, pero con efectos diferentes.

Como argumentos complementarios, cabe aducir los dos siguientes: 1.º El Registrador de la Propiedad, al calificar las aportaciones de inmue-

bles o derechos reales, cuenta con elementos de juicio a los que el Registrador Mercantil, al calificar la constitución de la Sociedad, no tuvo acceso, como son los asientos contenidos en los libros de Inscripciones y en el de Incapacitados, en los que pueden figurar prohibiciones de disponer o incapacidades que afecten al aportante, y en los de Inscripciones, además, los diferentes supuestos —inscripción a favor del aportante, a favor de persona distinta o a favor de nadie— que marcan las alternativas sobre las que discurre el principio de tracto sucesivo. 2.º Procesalmente, los perjuicios de inscribir indebidamente son mayores que los de no inscribir cuando se debiera haber inscrito. En efecto, si el Registrador de la Propiedad rechaza la inscripción de las aportaciones, la Sociedad puede interponer recurso gubernativo contra la calificación, procedimiento cómodo y económico con el que suele terminar la controversia, mientras que si aquél las inscribe indebidamente, el perjudicado no puede utilizar dicho procedimiento —que sólo es pertinente, según la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de mayo de 1971 y otras, si se rechaza la inscripción, pero no si se practica—, y a falta de consentimiento de la Sociedad tendría que acudir al juicio declarativo (arts. 40, letras *c*) y *d*), segundo párrafo, y 218 de la Ley Hipotecaria y 329 de su Reglamento).

Las Resoluciones de 21 de mayo de 1935 y de 24 de diciembre de 1948 reflejan el criterio de la Dirección General de los Registros en la materia.

En la primera se declara que la necesidad de la previa inscripción en el Registro Mercantil «debe entenderse sin perjuicio de que hecha la calificación y la inscripción por este funcionario, califique de nuevo el documento el Registrador de la Propiedad cuando se solicite la inscripción de las minas a favor de la Sociedad».

Y en la segunda, después de insistir en la doctrina de que los Registradores de la Propiedad carecen de facultades para calificar la validez de la Sociedad Anónima en cualquier momento de su vida social, se declara que con ello no se desconoce la misión que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria les confiere, «ni se restringe el deber de calificar todos los documentos presentados relacionados con la operación solicitada, sin exceptuar la escritura de constitución de la Compañía, cuando se trate de la inscripción de aportaciones de inmuebles que hayan de formar el patrimonio de la Empresa».

Pensamos que la calificación por el Registrador de la Propiedad no debe limitarse a las aportaciones, sino que debe extenderse a todo el contenido de la escritura por su posible repercusión en la validez de las aportaciones. Sólo cabe excluir, a nuestro juicio, las formalidades externas que ya habrán sido calificadas por el Registrador Mercantil.

G) *Divisibilidad o indivisibilidad de la calificación*

Ante el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de la calificación registral, caben dos puntos de vista opuestos:

1.º El de la indivisibilidad y consiguiente tratamiento unitario de la calificación, según el cual todo acto o contrato puede ser totalmente eficaz o ineficaz, pero no eficaz en una parte e ineficaz en la otra. En consecuencia, la calificación debe ser también unitaria. Se puede inscribir o rechazar totalmente la inscripción de un acto o contrato, pero no inscribirlo fragmentariamente. Se funda en que los interesados, al otorgar el acto o contrato, tuvieron en cuenta la totalidad de sus cláusulas y en que se ignora si hubieran prestado su consentimiento a un acto o contrato que, por razón de haber sufrido mutilaciones, es distinto. El sistema de calificación *ex toto* se dice es, por consiguiente, el único que garantiza la seguridad jurídica.

2.º El de la divisibilidad o independencia de las distintas partes de los actos y contratos, según el cual un acto o contrato puede ser eficaz en una parte e ineficaz en la otra, y la invalidez de una parte no produce la invalidez del todo. En consecuencia, la calificación de las distintas partes del acto o contrato debe ser independiente y se deben poder inscribir unas cláusulas o estipulaciones y rechazar las otras. Se funda en una razón jurídica y en una razón práctica, ambas estrechamente ligadas: en el principio de conservación del negocio jurídico, y en que sólo así se cumple la finalidad perseguida por las partes, que si contrataron fue para que su contrato produjera efecto.

El problema puede estudiarse en el terreno del Derecho civil y en el del Derecho registral.

Como observa Díez PICAZO, nuestro Derecho civil no da una solución de tipo general. Sólo las ofrece parciales, como las de los artículos 1.116, 1.155, 1.476 y 1.691 de dicho Cuerpo legal.

El artículo 1.116 dispone que: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa».

El artículo 1.155 dispone que: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal».

El artículo 1.476 prescribe que: «Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte».

Y el artículo 1.691 preceptúa que: «Es nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas».

En definitiva, el problema se centra en indagar cuál fue la intención

de los otorgantes y en si éstos hubieran concluido el acto o contrato sin el pacto, cláusula o estipulación viciados de nulidad.

Una solución de tipo general exigiría sentar una presunción *juris tantum* en uno u otro sentido, dejando libre el camino para la prueba en contrario. Sin embargo, esta solución carecería de lógica en su aplicación a los Registros Mercantil y de la Propiedad, porque debido a los límites dentro de los que tendría que desarrollarse la prueba, circunscrita a los documentos presentados, cualquier presunción *juris tantum*, en uno u otro sentido, se convertiría prácticamente en una presunción *juris et de jure*.

El artículo 5 del Reglamento del Registro Mercantil, transcrito en la letra B de este mismo capítulo, parece que se inclina por el sistema de calificación indivisible o *ex toto*. En cambio, el artículo 434, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario consagra, por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, el sistema opuesto o de calificación divisible, al preceptuar que: «Cuando el documento comprenda alguna estipulación o pacto que no deba tener acceso al Registro o que legalmente deba tenerse por no puesto, podrá inscribirse el título y denegarse la inscripción de tal estipulación o pacto...».

Fundada en este precepto y en la cuarta disposición adicional del Reglamento del Registro Mercantil, con su llamada al Reglamento Hipotecario, para su aplicación con carácter supletorio, en el ámbito de ese Registro, se está abriendo paso una tendencia favorable al sistema de calificación divisible. En este sentido, la Resolución de la Dirección de los Registros de 16 de marzo de 1967 inicia la aproximación del Derecho registral mercantil hacia el inmobiliario, en un caso de transmisión hereditaria de participaciones sociales de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, en el que las inscritas a favor del causante eran mayores que las adjudicadas, declarando que: «Deben inscribirse, como permiten las disposiciones hipotecarias, los bienes transmitidos cuyo tracto aparece cumplido, suspendiendo o denegando los restantes». Se funda esta resolución en que «dada la similitud entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad, reconocida en la cuarta disposición adicional del Reglamento del Registro Mercantil, procede aplicar el argumento analógico».

Pensamos, no obstante, que no se debe exagerar la importancia de esta resolución. Podrá, ciertamente, tener aplicación en algún caso concreto —como, por ejemplo, el de la retribución de los Administradores, regulado por el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas—, pero nunca con carácter general, y, desde luego, no es aplicable a la inscripción de la escritura de constitución de la Sociedad, con sus Estatutos.

En efecto, en la indagación de la voluntad del adquirente de una participación social, respecto de si prefiere que se inscriba una participación menor o que no se inscriba nada, es evidente que la primera presun-

ción está de sobra fundada. En la constitución de la Sociedad es, en cambio, muy difícil indagar si todos los fundadores hubieran igualmente suscrito los Estatutos sociales sin alguna de sus cláusulas.

En otro sentido, el párrafo 3.º del citado artículo 434 del Reglamento Hipotecario viene a complicar las cosas, al preceptuar que: «En los supuestos del párrafo anterior —el párrafo 2.º antes transcrito—, el Registrador se abstendrá de practicar el asiento solicitado, en tanto que *el presentante* no manifieste su conformidad con que la inscripción sea extendida, denegando la de dicho pacto o estipulación».

Pensamos que la divisibilidad de la calificación entre las distintas estipulaciones contenidas en el documento, sería perfectamente admisible si los propios interesados manifestaran su conformidad con una inscripción fragmentada. Esta manifestación de voluntad podría prestarse ante Notario, o bien ante el Registrador, por comparecencia, en la que, previa identificación de la personalidad mediante el documento de identidad, ratificarán una instancia solicitando la inscripción parcial del documento. Pero no parece aceptable que se atribuya al presentante esa función de arbitraje entre las partes, que rebasa el marco de su actuación normal, máxime cuando se le niegan facultades para otras actuaciones de menor importancia, y en atención, además, a que, en la práctica, a pesar de lo preceptuado en el artículo 39 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 6, apartado *d*), de la Ley del mismo nombre, el presentante es designado siempre por el adquirente, y el pacto que con su conformidad se deniega puede estar establecido en interés del transmitente.

Por lo demás, los defectos de los títulos pueden ser subsanables e insubsanables (arts. 44, párrafos 3.º y 4.º; 45 y 46 del Reglamento del Registro Mercantil, y 65 de la Ley Hipotecaria); el plazo normal para practicar las inscripciones es de ocho días en el Registro Mercantil, y de treinta en el Registro de la Propiedad (arts. 35 del Reglamento del Registro Mercantil y 97 del Hipotecario); el plazo máximo es en ambos Registros el de los sesenta días que duran los efectos del asiento de presentación; no podrá practicarse asiento alguno en los libros de inscripciones, ni en Registro Mercantil, ni en el de la Propiedad, sin que se acredite el pago de los impuestos establecidos por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir (arts. 32 del Reglamento del Registro Mercantil y 254 de la Ley Hipotecaria), salvo en el Registro Mercantil, si se tratase del nombramiento y cese de Administradores, poderes y autorizaciones de toda clase, y su revocación... (art. 32, que acabamos de citar), pudiendo extenderse, no obstante, el asiento de presentación antes que se verifique el pago del impuesto, en cuyo caso, según el artículo 33 del Reglamento del Registro Mercantil, se suspenderá la inscripción, y

según el artículo 255 de la Ley Hipotecaria, se suspenderá la calificación y la inscripción, y se devolverá el título, a fin de que se satisfaga dicho impuesto; y, finalmente, contra la calificación del Registrador puede interponerse, en ambos Registros, recurso gubernativo y recurso judicial (arts. 49 del Reglamento del Registro Mercantil y 66 de la Ley Hipotecaria).

H) *El principio de legalidad como requisito*

En la distinción que la doctrina ha elaborado entre principios registrales que constituyen requisitos o presupuestos para que la inscripción pueda practicarse, y principios registrales que regulan los efectos de la inscripción, el principio de legalidad se integra dentro del primer grupo.

I) *Legalidad y rogación*

Entre el principio de rogación y el de legalidad —como decíamos al ocuparnos del primero— existe una íntima conexión. Para practicar una inscripción se requiere la concurrencia de dos voluntades: la del interesado, que la solicita, y la del Registrador, que la extiende. La primera se manifiesta a través del principio de rogación. La segunda, a través del principio de legalidad. La voluntad del interesado presta atención a una conveniencia económica. La del Registrador, a una posibilidad jurídica. En el proceso formativo de la primera está presente un interés privado. En el de la segunda, un interés público.

10.5.7.3. *Principio de publicidad*

A) *Instrumentos de conocimiento y presunciones de conocimiento y desconocimiento*

Conocimiento es la representación en nuestra mente de una cosa material o inmaterial. Cosas inmateriales son los derechos.

El conocimiento y el desconocimiento pertenecen al mundo interior de los individuos y son, por consiguiente, inaprensibles por el Derecho.

Pero como quiera que el conocimiento y el desconocimiento de los derechos produce importantes consecuencias jurídicas, el legislador ha tenido que crear ciertos instrumentos de conocimiento y arbitrar un sistema de presunciones de conocimiento y de desconocimiento.

Instrumentos de conocimiento son los Registros Mercantil y de la Propiedad, a través del principio de publicidad formal. Los derechos se contienen en los actos y contratos, y éstos se inscriben en dichos Registros para darlos a conocer.

Presunciones de conocimiento y de desconocimiento son las dos presunciones integradas dentro del principio de publicidad material que estudiaremos.

B) *Publicidad formal y material*

El principio de publicidad se puede tomar en dos acepciones: formal y material.

En sentido formal, significa que el Registro Mercantil y el de la Propiedad son cognoscibles. Y lo son por medio de las manifestaciones, certificaciones y notas, que prácticamente todos pueden pedir (arts. 30 del Código de Comercio; 2, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil; 22 y sigs. de la Ley Hipotecaria, aplicables también al Registro Mercantil, según la disposición 4.ª adicional de su Reglamento).

En sentido material, el principio de publicidad se ha venido enunciando de antiguo mediante las dos proposiciones siguientes: 1.ª Lo inscrito en el Registro se presume conocido de todos, y lo no inscrito se presume desconocido por los terceros. 2.ª Lo inscrito produce efecto respecto de tercero y, en consecuencia, le perjudica (porque lo conoce), y lo no inscrito no produce efecto respecto de tercero y, en consecuencia, no le perjudica (porque lo desconoce). La primera proposición contempla la esencia del principio de publicidad. La segunda, sus consecuencias. La presunción de conocimiento y su efecto constituyen el aspecto positivo del principio. La presunción de desconocimiento y su efecto, el aspecto negativo.

C) *Fundamento y eficacia del principio de publicidad material*

Las presunciones de conocimiento y de desconocimiento están respaldadas por dos fundamentos jurídicos: objetivo y subjetivo.

El fundamento objetivo es común a ambas presunciones: la necesidad de dotar de seguridad al tráfico, en la contratación mercantil e inmobiliaria. La documentación notarial es de valor publicitario muy limitado. Sería absurdo, pues, proclamar una presunción de conocimiento de las copias notariales por los terceros, y aún más una presunción de conocimiento del protocolo, que es secreto. Esta consideración fundamenta la

aparición de los Registros Mercantil y de la Propiedad, encaminados a dotar de certeza a las situaciones jurídicas, y de concreción y tutela a los derechos publicados.

En esa necesidad de lograr seguridad jurídica en el tráfico convergen tres intereses: el de las partes, el de los terceros y el interés público. Las partes saben que una vez inscrito en el Registro un acto o contrato, se presume conocido por los terceros y, por consiguiente, les afecta y perjudica. Los terceros saben que pueden alegar ignorancia de los actos y contratos no inscritos, que, por consiguiente, no les afectan ni perjudican. Hay, por último, un interés público en la seguridad del tráfico, ya que constituye un estímulo para la contratación y el desarrollo, y que a través de los Registros Mercantil y de la Propiedad se hace posible.

El fundamento subjetivo es distinto en la presunción de conocimiento y en la de desconocimiento.

La presunción de conocimiento se apoya en la dialéctica conjunta de las dos proposiciones siguientes: 1.^a El contenido de los asientos del Registro es conocible. 2.^o Quien pudiendo conocer, en lo que le afecta, el contenido del Registro, lo desconoce, obra con negligencia, y las consecuencias de la presunción de conocimiento constituyen una sanción por esta negligencia. Es el mismo fundamento en que se apoya la presunción de conocimiento de los edictos y disposiciones legislativas, publicados en los periódicos oficiales y en el *Boletín Oficial del Estado*.

A través de la posibilidad de conocimiento, se llega a la presunción de conocimiento. Sería absurda una presunción de conocimiento de lo que no se pudo conocer. El principio de publicidad material positiva se funda, pues, en el de publicidad formal. El momento clave para que se tome en consideración el conocimiento es el del otorgamiento del acto o contrato. El conocimiento posterior es irrelevante.

La presunción de desconocimiento se funda, asimismo, en una sanción basada en la negligencia. Pero no en la negligencia del tercero, el cual no incumple y a quien, por tanto, no se sanciona, sino en la del titular del derecho que, siendo inscribible, no lo inscribe.

Por lo demás, que lo inscrito afecte y perjudique a tercero, y lo no inscrito no le afecte ni perjudique, se funda en que sólo quien conoce puede consentir. Si quien proyecta otorgar un negocio jurídico conoce el estado registral —con sus inscripciones existentes y ausentes—, y a pesar de ello otorga el negocio, consiente aquel estado registral. Si no lo conoce, no puede haberlo consentido.

Las anteriores consideraciones son aplicables a ambos Registros: al Registro Mercantil y al de la Propiedad.

En el doble juego que presentan los efectos del principio de publicidad: negativo, en cuanto lo no inscrito no perjudica a tercero, y positivo,

en cuanto lo inscrito le perjudica, la verdadera eficacia del principio, como observa GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, con referencia al Registro Mercantil, es la negativa, ya que si el acto inscrito tiene eficacia frente a tercero, es simplemente por aplicación de las normas sustantivas que regulan tal eficacia, la cual, inherente al acto en sí, se halla detenida por la falta de inscripción. La verdadera finalidad de la inscripción va dirigida a destruir la presunción de desconocimiento de lo no inscrito y su secuela de indemnidad respecto del posible perjuicio.

En el favor al tercero frente a lo no inscrito hay una posición extrema —recogida respecto de las Sociedades y poderes no inscritos, en los artículos 24 y 29 del Código de Comercio, que se transcribirán después—, consistente en facultarle para utilizar las escrituras no inscritas en lo que le favorezcan.

Al tercero sólo le favorece la falta de inscripción, y sólo le perjudica la inscripción. Si una Sociedad Anónima otorga poderes que inscribe y posteriormente los revoca, sin inscribir la revocación, el Apoderado puede seguir obligando a la Sociedad con los terceros si contrata utilizando el poder revocado, porque al no estar inscrita la revocación, se presume, en beneficio del tercero, que éste la desconoce y que el poder está vigente. La finalidad de la inscripción de revocación del poder es destruir la presunción de que el tercero desconoce la revocación. Se destruye una presunción de desconocimiento, mediante la presunción de conocimiento derivada de la inscripción de la revocación.

D) *Formulación legal*

El principio de publicidad se contiene en los siguientes preceptos:

Por lo que se refiere al principio de publicidad formal, en los artículos citados en el epígrafe B) de este mismo capítulo.

Y por lo que atañe a la publicidad material: dentro del Registro Mercantil, en los artículos 2, párrafo 2.º, del Reglamento de este Registro, que contempla el principio en su esencia, y en los artículos 26 del Código de Comercio y 2, párrafo 3.º, que lo contemplan en sus efectos. Aparte de los artículos 24 y 29 del Código de Comercio, que lo contemplan en sus efectos, pero sólo en su aplicación a las Sociedades y a los poderes.

El artículo 2, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil dispone que: «Se presume que el contenido de los libros del Registro es conocido de todos y no podrá alegarse ignorancia». (Aspecto positivo.)

El artículo 26 del Código de Comercio preceptúa que: «Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero des-

de la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados». (Aspectos positivo y negativo, en una fórmula unitaria.)

El artículo 2, párrafo 3.º, del Reglamento citado prescribe que: «Los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto tercero». (Aspecto negativo.)

Y, finalmente, los artículos 24 y 29 del Código de Comercio disponen, respectivamente, que las escrituras de constitución de Sociedad y los poderes no registrados no perjudicarán a tercero, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable. Por lo demás, la expresión de que las Sociedades no inscritas produzcan efecto entre los socios, contenida en el artículo 24, debe entenderse derogada, por lo que respecta a las Sociedades Anónimas, conforme al artículo 6 de la ley que las regula.

Y en cuanto al Registro de la Propiedad, se ha venido considerando que el principio de publicidad se contiene en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, completado por el artículo 13 de la misma ley. Ambos contemplan los efectos del principio y disponen lo siguiente:

El artículo 32 dispone que: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Y el artículo 13, que: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan».

En ambos preceptos legales se contiene el aspecto negativo del principio de publicidad material. Y en el artículo 13, además, el aspecto positivo.

E) *Delimitación entre los principios de publicidad y de fe pública.*
Absorción o independencia entre ambos. Buena fe

La delimitación entre los principios de publicidad negativa y de fe pública debe estudiarse separadamente, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil.

a) En el Registro de la Propiedad la fricción entre los principios de publicidad negativa y de fe pública se produce cuando el tercero ha adquirido su derecho de persona, que si bien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo se haya desprendido anteriormente del mismo, sin que la correspondiente relación jurídica se haya inscrito.

En tal caso, la competencia para regir el supuesto puede ser reclamada por ambos principios: por el de publicidad, porque el título mediante el cual el titular inscrito se ha desprendido de su derecho, por no haberse inscrito, no perjudica al tercero que después adquiere e inscribe; y por el de fe pública, porque este tercer adquirente del derecho lo adquirió de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo y la causa de nulidad o resolución —el título no inscrito— no constaba en el Registro.

Si se entiende que el principio de publicidad (art. 32 de la Ley Hipotecaria) ha sido absorbido por el principio de fe pública (art. 34 de la misma Ley), es este último el que debe regir el caso y será necesaria la buena fe para que el adquirente sea protegido, porque el artículo 34, a diferencia del artículo 32 exige este requisito. La buena fe consiste, en este caso, en el desconocimiento de la causa de nulidad o resolución, por medios ajenos al Registro.

Si se entiende, por el contrario, que el artículo 32 conserva su autonomía respecto del artículo 34, habrá que concluir que con estricta sujeción al Derecho positivo no es necesaria la buena fe. Otra es, sin embargo, la solución derivada de consideraciones morales basadas en la Justicia, porque el Registro no es la única fuente de conocimiento, ya que éste puede también obtenerse a través de la realidad jurídica extrarregistral, y fundándose la protección del principio de publicidad negativa en el desconocimiento por el tercero del documento no inscrito, sería inmoral presumir este desconocimiento, aun en el caso de que el tercero lo conociera, alegando que el conocimiento se obtuvo por medios ajenos al Registro.

Mucho se ha escrito sobre la absorción del artículo 32 por el artículo 34, ambos de la Ley Hipotecaria y sobre la autonomía e independencia del primero. La teoría monista defiende la absorción. La dualidad, la autonomía.

La conexión dentro del Derecho Inmobiliario entre los principios de publicidad (art. 32) y de fe pública (art. 34) se realiza a través del artículo 40, letra *a*), de la Ley Hipotecaria, que configura como un caso de inexactitud registral el de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. La falta de inscripción es contemplada por el principio de publicidad. La inexactitud, por el principio de fe pública, y el artículo 40, letra *a*), de la Ley Hipotecaria, al considerar la falta de inscripción como un supuesto de inexactitud, viene a situar el principio de publicidad dentro del ámbito del principio de fe pública.

Si se sigue la teoría de la absorción del principio de publicidad por el de fe pública, el primero queda reducido a la presunción de conocimiento de lo inscrito y de desconocimiento de lo no inscrito. Nuestro

Derecho Registral Inmobiliario no recoge de modo explícito estas presunciones, pero su vigencia es evidente. En tal caso, al decir de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, el principio de publicidad habrá pasado a ser, más que un principio, un sistema o punto de mira en el que se inspiran los demás principios registrales (conferencia en el Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña). En este orden de ideas la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, aunque alude al principio de publicidad, lo hace como de algo opuesto a la clandestinidad y más bien en tono retrospectivo. Es obligado reconocer, no obstante, que existe un tipo de inscripciones en las que el principio de fe pública no puede absorber al principio de publicidad. Nos referimos a las inscripciones de inmatriculación, las que por ser inscripciones primeras no pueden ir precedidas de una inscripción anterior legitimante, en base a la cual haya adquirido el tercero protegido por el principio de fe pública, faltando el supuesto básico para que sea aplicable el principio de fe pública, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Dentro de la teoría monista, respetando la excepción aludida, se impone, pues, el requisito de la buena fe. Dentro de la teoría dualista, en cambio, se puede sostener una u otra postura sin incurrir en incoherencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias de 21 de octubre de 1929, 11 de junio de 1954 y 25 de mayo de 1965, citadas por AMORÓS GUARDIOLA, recaídas en casos de doble venta sin que hubiera inscripción, declaran la necesidad de buena fe, a pesar de que el artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil, que regula el supuesto, no la exija.

Posteriormente el mismo Tribunal ha generalizado la aplicación del requisito a otros supuestos, generalización fundada en razones históricas y principalmente en razones finalistas. En definitiva, concluye el autor citado (*Revista de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1967), ambos terceros, el del artículo 34 y el del artículo 32, necesitan de la buena fe: el primero, por imperativo legal, y el segundo, por unánime doctrina jurisprudencial. En definitiva, si se considera que el Registro no es la única fuente de conocimiento y que éste puede también obtenerse a través de la realidad jurídica extrarregistral, sería inmoral presumir el desconocimiento del documento no inscrito aun en el caso de que el tercero lo hubiera conocido, alegando que este conocimiento se obtuvo por medios ajenos al Registro.

b) En el Registro Mercantil se plantea el mismo problema, con la peculiaridad de que, al parecer, la doctrina dominante se pronuncia en contra de la absorción.

La cuestión estriba en dilucidar si el principio de fe pública formulado en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil,

al preceptuar que la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros *de buena fe* adquiridos conforme al contenido del Registro», es aplicable al principio de publicidad negativa recogido en los artículos 26 del Código de Comercio y 2, párrafo 3.º, del citado Reglamento, a cuyo tenor «los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de la inscripción», y «los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no producirán efecto respecto de tercero», o bien si el principio de publicidad conserva su sustantividad propia e individualidad distinta.

La autonomía del principio de publicidad respecto del principio de fe pública está íntimamente ligada a la exigencia de la buena fe en el primero de estos principios, en tal medida que si la autonomía influye en esta exigencia, es asimismo influida por ella. De la absorción es ciertamente deducible la exigencia de la buena fe. Pero también de la no exigencia de buena fe es deducible la no absorción.

Modestamente nos inclinamos por la autonomía del principio de publicidad respecto del principio de fe pública y por la no necesidad de la buena fe en el primero de estos principios: 1.º Porque falta una declaración explícita sobre la exigencia de la buena fe en el principio de publicidad, que no exigen el artículo 26 del Código de Comercio, ni el artículo 2, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil, ni tampoco los artículos 24 y 29 del Código de Comercio. 2.º Porque en el Derecho Registral Mercantil falta un precepto semejante al artículo 40, letra a), de la Ley Hipotecaria, antes comentado; y 3.º Por las dilaciones que supondría la prueba de la mala fe, incompatibles con la rapidez y celeridad que impone el tráfico mercantil.

El profesor GARRIGUES, en 1949, parecía inclinarse por la no necesidad de la buena fe al escribir que la no inscripción no perjudica nunca al tercero, aunque conozca por medios ajenos al Registro el derecho y que el principio de publicidad se lleva en nuestro Derecho a sus consecuencias. Hay que considerar, sin embargo, que tal opinión era emitida antes del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 1956 y, por consiguiente, en una fecha en que el principio de fe pública, con su exigencia de buena fe en el tercero, no había obtenido todavía carta de naturaleza en nuestro Derecho, por lo cual no podía entrar en colisión con el principio de publicidad que no la exige. Tal opinión no puede, pues, ser utilizada como argumento de autoridad en apoyo de la opinión que preconizamos.

En definitiva, si el acto o contrato no inscrito, conforme al principio de publicidad, no produce efecto respecto de tercero, es innecesario invocar al respecto el principio de fe pública, que con la exigencia de más requisitos introduciría complicaciones en la vida mercantil.

Estas complicaciones suben de punto con el problema que plantea la ignorancia voluntaria en relación con la buena fe. Basada ésta en el desconocimiento por el tercero de una relación jurídica, se plantea el problema del desconocimiento voluntario, con sus dos grados de voluntariedad: el que exige determinada diligencia en la averiguación por parte del tercero y el que se contenta con la ausencia de negligencia. Como ejemplos extremos cabría aducir el de aquel tercero que se niega a recibir la carta o a acudir a la llamada telefónica mediante las que sospecha que se le dará conocimiento del documento no inscrito. Pensamos que tales bizantinismos no deben tener entrada en el Registro Mercantil porque entorpecerían el tráfico comercial, que, por el contrario, se ve favorecido por la no exigencia de la buena fe, como requisito del principio de publicidad material negativa.

Observemos finalmente, al respecto, que fuera de los principios de publicidad y fe pública, y por consiguiente del tema que estudiamos, la buena fe es exigida en la impugnación de los acuerdos sociales regulada en los artículos 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y 112 del Reglamento del Registro Mercantil.

G) *Partes y terceros*

Es fácil observar que toda la construcción jurídica que precede se funda en la distinción entre partes y terceros. Esta distinción impone el signo de las presunciones de conocimiento y de desconocimiento, de perjuicio y de protección.

Respecto de un acto o contrato determinado, todos los hombres son partes o terceros, y nadie puede ser, a la vez, parte y tercero. Pero se puede ser parte en un acto o contrato, y tercero en otro.

Partes son las personas que emiten o en cuyo nombre se emite el consentimiento en los actos y contratos, y que, a la vez, asumen sus efectos. No son partes aquellas personas que no emiten el consentimiento o se emite en su nombre, aunque sean afectadas por el acto o contrato. Tampoco son partes aquellas personas que si bien emiten el consentimiento, no quedan afectadas por el acto o contrato, como el padre o tutor en el caso de hijos emancipados (arts. 59 y 317 del Código Civil), aunque, por haber estado presentes, no pueden alegar desconocimiento. Caso parecido es el de quienes hayan intervenido en el acto o contrato como testigos o Apoderados. Estas personas son terceros a efectos del artículo 1.218 del Código Civil, pero no a efectos del artículo 1.219.

Para las partes hay publicidad completa. Las partes están presentes en el otorgamiento del acto o contrato con presencia física o jurídica.

En consecuencia, los conocen. Los instrumentos de conocimiento resultan, pues, inútiles y no caben presunciones de desconocimiento. En este sentido, la Exposición de Motivos del Código de Comercio declara que: «No podrán prevalecerse de la falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo de la Sociedad, producirá entre ellos todos sus efectos desde el momento de la celebración».

Tercero, respecto de un acto o contrato determinado, es el que no ha sido parte en el mismo ni es heredero de las partes.

Sin embargo, esta versión del tercero, como tercero absoluto, sin otra característica que la de sujeto marginado, carece, en general, de trascendencia en el mundo jurídico. El tercero que interesa al Derecho es el tercero relativo, el tercero que ha entrado en contacto con el objeto de la relación jurídica que liga a las partes entre sí. En el tercero absoluto este contacto es una posibilidad. En el tercero relativo, una efectividad. Las notas peculiares de este tercero relativo son, pues, las dos siguientes: 1.^a De carácter negativo: no haber sido parte en un acto o contrato, ni heredero de las partes. 2.^a De carácter positivo: haber entrado en contacto con el objeto de ese acto o contrato.

El concepto de tercero que acabamos de exponer, es el del tercero civil.

El concepto de tercero registral exige un requisito adicional: que la relación jurídica con la que traba contacto el tercero sea inscribible en el Registro. Si la relación jurídica está inscrita surge la figura del tercero frente a lo inscrito. Si no está inscrita surge la figura del tercero frente a lo no inscrito.

Los requisitos anteriores marcan el contorno de un tercero genérico, aplicable al Registro de la Propiedad y al Registro Mercantil. El concepto específico del tercero se forma por la adición a ese concepto genérico de ciertos requisitos añadidos, referentes a la inscribibilidad de las relaciones jurídicas, distintos en uno y otro Registro.

En el Registro de la Propiedad, la fricción se produce entre dos relaciones jurídicas inscribibles: la del tercero protegido y la del tercero perjudicado. El tercero que la inscribe —o mejor dicho, la inmatricula: la inmatriculación es el único supuesto de publicidad que queda en el Registro de la Propiedad (*vid.* letra E, dentro de este mismo capítulo)— es el tercero protegido. El tercero que no la inscribe es el tercero perjudicado.

En el Registro Mercantil no es necesario que las relaciones jurídicas en liza sean ambas inscribibles, sino que basta con que lo sea una. Si esta relación jurídica se inscribe, su titular queda protegido, y el titular

de la otra queda perjudicado. Si la relación jurídica inscribible no se inscribe, su titular queda perjudicado, y el titular de la otra relación jurídica —la no necesariamente inscribible— queda protegido. Son, respectivamente, el tercero perjudicado y el tercero protegido.

Así, por ejemplo, en la revocación del poder inscrito entran en contacto dos relaciones jurídicas: la que liga a la Sociedad con el Apoderado, y la que la liga con las personas que contratan con el Apoderado. Sólo la primera, la encarnada en la revocación del poder, es inscribible necesariamente. La otra no tiene por qué serlo, lo cual es coherente con el propósito de la ley de inmunizar a un ámbito de terceros que excede de los actos inscribibles.

Paralelamente, en la separación de los Administradores inscritos, sólo la separación es inscribible en el Registro Mercantil. Los contratos otorgados en nombre de la Sociedad por el Administrador separado, no tienen por qué ser inscribibles y frecuentemente no lo son.

Los ejemplos contenidos en la letra H, que sigue, están montados sobre el planteamiento precedente y pueden contribuir a su aclaración.

H) *Ejemplos de aplicación del principio de publicidad a la materia objeto de nuestro estudio*

En la aplicación del principio de publicidad a la materia objeto de nuestro estudio cabe aducir los siguientes ejemplos:

1.º Por lo que respecta al Registro de la Propiedad, es bueno recordar que el principio de publicidad negativa solamente es aplicable a las inmatriculaciones, porque en los demás supuestos se entiende que ha sido absorbido por el principio de fe pública (letra E, dentro de este mismo capítulo).

Si los bienes inmuebles o derechos reales que la Sociedad adquiere por mediación de los Gestores, en la fase de Sociedad en creación (10.1, 10.2 y sigs.), no figuran inscritos a favor de nadie en el Registro de la Propiedad y, previa ratificación (art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), se inmatriculan a nombre de la Sociedad, perteneciendo en la realidad extrarregistral a persona distinta del transferente, esa persona —tercero no inscrito— sería perjudicada —dejando a salvo la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria—, siempre que la Sociedad ignorara, según la opinión más probable, que el transferente no era el dueño (letra F de este mismo capítulo).

La ignorancia a que nos referimos tiene que producirse en el órgano social que otorga la ratificación.

Paralelamente, si los inmuebles o derechos reales que la Sociedad

adquiere de los fundadores por aportación, no constan inscritos en el Registro de la Propiedad y la Sociedad los inmatricula a su nombre ignorando que pertenezcan a persona distinta del aportante, esa persona —tercero no inscrito— sería perjudicada (letra F de este mismo capítulo), con la misma limitación del artículo 207.

Por lo demás, dejando aparte el supuesto de las inmatriculaciones, al que acabamos de hacer referencia, la doctrina de que lo inscrito produzca efecto respecto de tercero, y lo no inscrito no lo produzca, son supuestos que se enmarcan hoy dentro del principio de fe pública y no dentro del principio de publicidad (letra E de este mismo capítulo). Esta es la razón de que no recojamos aquí los casos de que el tercero que vende a la Sociedad por medio del Gestor no sea dueño de los bienes vendidos, aunque los tenga inscritos a su nombre, o de que el aportante no sea dueño de los bienes aportados, aunque figuren inscritos a su nombre, y se declare la ineficacia de dichas inscripciones; ni a los de que unos u otros bienes tengan cargas no inscritas, ni tampoco a los de que sobre los bienes adquiridos se hayan practicado anotaciones preventivas de embargo con anterioridad a la ratificación o aportación. Tales supuestos, en los que la Sociedad será tercer adquirente, se estudiarán, a modo de ejemplos, al ocuparnos del principio de fe pública (10.5.7.5, letra E).

2.º Por lo que atañe al Registro Mercantil, pueden aducirse, entre otros, los siguientes ejemplos:

El del poder revocado, ya citado. Inscrito y revocado un poder con revocación no inscrita, el tercero que contrata con el Apoderado, aunque conozca la revocación por medios ajenos al Registro, contrata válidamente con la Sociedad, según la opinión más probable, porque ese conocimiento no destruye la presunción registral de desconocimiento. Queda fuera de órbita la falta de inscripción del poder, que en los poderes de inscripción obligatoria (art. 86 del Reglamento del Registro Mercantil) provocaría la falta de legitimación.

Otro ejemplo hace referencia a los Administradores, Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva.

Si la separación de los cargos no ha sido inscrita y los citados órganos sociales continúan actuando como tales en nombre de la Sociedad, ésta quedará obligada con los terceros, aunque éstos conozcan la separación por medios ajenos al Registro (referencia F de este mismo capítulo, antes citada), porque en el Registro Mercantil, según la doctrina mayoritaria, no es necesario el requisito de la buena fe en el principio de publicidad negativa, y el conocimiento, por medios ajenos al Registro, de la relación jurídica no inscrita, no destruye la presunción de desconocimiento.

En cambio, en los dos ejemplos precedentes, si la revocación del poder o la separación han sido inscritas, no queda obligada la Sociedad

frente al tercero, porque se presume que éste, al contratar, según el principio de publicidad positiva, conocía la revocación o la separación.

La inscripción invierte, pues, el signo de la presunción, convirtiendo una presunción de desconocimiento en una presunción de conocimiento.

Queda fuera del planteamiento, por situarse dentro de la legitimación para actuar, el supuesto de que el nombramiento de las personas integrantes de los mencionados órganos sociales no haya sido inscrito en el Registro Mercantil. Cabe repetir, en este caso, lo antes expuesto respecto del Apoderado con poder de inscripción obligatoria, no inscrito: la falta de legitimación se superpone al principio de publicidad, porque la inscripción es un requisito de legitimación en los Administradores, Consejeros Delegados y Comisión Ejecutiva, y la carencia de legitimación provoca la nulidad de su actuación, lo cual impide la entrada en escena del principio de publicidad.

(En relación con la injusticia de que el tercero pueda impugnar la actuación de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, como representantes de la Sociedad, después de haber dado por buena su actuación al contratar con ellos; *vid.* referencia 10.5.7.4, letra F, b), c'), al final.)

Otro ejemplo hará referencia a la impugnación de los acuerdos sociales. Los acuerdos de la Junta general, y según la jurisprudencia, también los del Consejo de Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1956), pueden ser impugnados, por los trámites del artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo caso se plantea el problema de determinar si la resolución judicial que recaiga perjudicará a los terceros que hubieren contratado con la Sociedad en base al acuerdo objeto de impugnación. Los artículos 67 de la Ley de Sociedades Anónimas y 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil resuelven el supuesto en el sentido de que la sentencia que estime la acción no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros a consecuencia del acuerdo impugnado (art. 67); pero según se desprende del artículo 112, en relación con el 113 de dicho Reglamento, les afectará si se hubiere tomado anotación preventiva de la demanda de impugnación o de las resoluciones judiciales firmes que ordenen la suspensión de los acuerdos, con los requisitos y garantías del artículo 70, número 4, de la Ley de Sociedades Anónimas. La *ratio legis* del precepto se halla en que la anotación destruye la buena fe de los terceros exigida por el artículo 67. Pero también la destruye el conocimiento de la impugnación por medios ajenos al Registro, con lo cual el artículo 67 introduce en la impugnación de los acuerdos sociales un elemento nuevo, al alterar el mecanismo normal del principio de publicidad negativa, que no impone

con carácter general el requisito de la buena fe, en su aplicación al Registro Mercantil (*vid.* letra F, al final, dentro de este mismo capítulo).

Otro caso de publicidad es el de la inscripción de constitución de Sociedad Anónima en el Registro Mercantil. Esta inscripción constituye y publica. Constituye, porque desde el momento de la inscripción, la Sociedad tendrá personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas). Y publica, porque la inscripción de constitución de Sociedad, al igual que las demás inscripciones, produce efectos publicitarios respecto de tercero. Coexisten, pues, dos efectos: el constitutivo y el publicitario. El primero se produce respecto de las partes y respecto de tercero. El segundo, solamente respecto de tercero. La Sociedad no inscrita no existe para nadie. La inscrita existe para todos y despliega sus efectos publicitarios respecto de los terceros.

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los fundadores la obligación de realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad. Parece, a primera vista, que esta obligación responde más a exigencias del principio de inscripción constitutiva, que del principio de publicidad, porque el primero de estos principios dota de existencia a la Sociedad, y el segundo sólo procura su conocimiento, y la existencia es más importante que el conocimiento; pero en el ámbito registral cabría sostener que se igualan los términos, ya que el Registro es, por esencia, instrumento de conocimiento. El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas viene a corroborar este punto de vista, al imponer la obligación de presentar a inscripción en el Registro Mercantil, el nombramiento de los Administradores, a pesar de que esta inscripción, según la opinión más generalizada (10.5.6.4.1), no produce efectos constitutivos, sino sólo publicitarios.

I) *Publicidad, notificación y notoriedad*

Se ha dicho que el Registro publica, pero no notifica.

Es conveniente distinguir la publicidad de la notificación. La distinción se funda en las siguientes notas características: 1.^a En el Registro toma la iniciativa la persona interesada en conocer su contenido. En la notificación, la persona que promueve el conocimiento es distinta de la persona notificada, que lo adquiere. 2.^a La presunción de conocimiento de los hechos notificados se funda en una evidencia. La presunción de conocimiento de los asientos registrales se funda en una ficción. Ficción, por lo demás, necesaria.

Por lo demás, al lado de las diferencias, existen analogías. Los signos aparentes de las servidumbres, por ejemplo, sólo son notorios para aque-

llas personas que pasan por el lugar donde están tales signos y se fijan en ellos; las disposiciones legislativas, sólo son notorias para quienes leen el *Boletín Oficial del Estado* y se enteran de su contenido. Paralelamente, en las notificaciones, los hechos notificados sólo son notorios para la persona notificada, y los asientos del Registro sólo son notorios para aquellos que acudiendo al Registro, por sí mismos o por otra persona, se enteran de su contenido. No hay, pues, diferencia, al respecto, entre las notificaciones y la publicidad registral, en el Registro Mercantil y en el de la Propiedad: La notoriedad en ambos Registros se produce sólo para un número limitado de personas, con exclusión de las demás.

J) *Principio notarial de presentación*

Por constituir un instrumento de conocimiento, no debemos omitir una referencia al principio notarial de presentación, en virtud del cual, la persona a quien se presente notarialmente un documento, se presume enterada de su contenido. Esta presunción de conocimiento se funda en que el tercero ha estado en contacto con el documento y se le ha conminado, al menos implícitamente, a que se entere de su contenido, ya que en el fondo, la presentación notarial viene a ser, además de una notificación, un requerimiento. El tercero —tercero notarial— no podrá alegar, pues, ignorancia. El titular de un derecho inscribible y no inscrito puede, pues, utilizar dos instrumentos para cambiar el signo de la presunción de desconocimiento, convirtiéndola en presunción de conocimiento: la inscripción registral y la presentación del documento, en el que el derecho se contiene. En ambos supuestos se origina una presunción de conocimiento, que en la inscripción afecta a todo el mundo, y en la presentación, tan sólo a la persona a quien se hace. La inscripción viene a ser, pues, una presentación *erga omnes*, y la presentación, una publicación circunscrita. La presentación puede afectar a derechos personales y a derechos reales, porque unos y otros pueden integrar el contenido de las escrituras y de otros documentos. La publicidad en el libro de Sociedades del Registro Mercantil sólo puede afectar a derechos personales, porque sólo derechos de esta naturaleza pueden ser objeto de inscripción y, por ende, de publicación. En el Registro de la Propiedad, en cambio, sólo pueden ser publicados los derechos reales sobre bienes inmuebles, porque sólo tales derechos son inscribibles.

El artículo 1.219 del Código Civil, en relación con el artículo 174 del Reglamento Notarial, que serán estudiados al tratar del principio de legitimación (*vid.* 10.5.7.4, letra C), hacen referencia al principio de presentación documental, pero no agotan todos sus supuestos. Uno de ellos

es la presentación hecha al adquirente de algún derecho para destruir su buena fe, con objeto de que no pueda invocar el principio de fe pública (referencia 10.5.7.5, letra C, a), 3.º).

K) *Ejemplos de aplicación del principio de presentación notarial, en la materia objeto de nuestro estudio*

Pueden ser objeto de presentación notarial, entre otras, las siguientes escrituras: 1.ª Escritura en la que se haya formalizado el contrato otorgado por los Gestores, en nombre de la Sociedad Anónima en creación, cuyo contrato fue estudiado en las referencias 10.1, 10.2 y 10.3 a 10.5.5. 2.ª Escritura de constitución de la Sociedad Anónima con sus Estatutos, que puede ser presentada antes o después de su inscripción en el Registro Mercantil. Los efectos de esta escritura antes de la inscripción, se estudian en la referencia 10.3.2.2, y los originados por la inscripción, en la referencia 10.5.7.7, letra I. 3.ª Escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores y escrituras de poder (referencias 10.5.6.4.1 y 10.5.6.6.1).

Las escrituras públicas de referencia están sujetas a determinadas normas de Derecho necesario y aun de Derecho voluntario provenientes de los Estatutos que es obligado respetar. En la escritura número 1 de la anterior relación, las limitaciones están contenidas en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. En la escritura número 2 están contenidas en los artículos 13 y 6 de la misma ley, que rigen, respectivamente, los efectos de la escritura antes y después de la inscripción. Y en las escrituras señaladas con el número 3, se contienen en la propia escritura de constitución social, con sus Estatutos, que constituyen la ley de vida de la Sociedad; en el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que regula la representación de la Sociedad, y en las escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores (art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil).

Pero fuera de esos límites entra en juego el principio de autonomía de voluntad, que permite a los otorgantes establecer las estipulaciones, pactos y cláusulas que estimen pertinentes. El área de este espacio libre es de amplitud muy variable, no sólo si comparamos el que deparan las distintas escrituras de referencia, sino incluso una misma escritura según sea el momento de su presentación. Lo cual ocurre respecto de los efectos de la escritura de constitución social, en la que la autonomía de los fundadores es mayor en la estipulación de los requisitos para que la Sociedad quede obligada en su contratación con los terceros después de la inscripción, que en la modificación de las obligaciones y responsabi-

dades de los fundadores frente a la Sociedad y los terceros, impuestas a los propios fundadores por el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Puede convenir a los titulares de los derechos e incluso de las obligaciones plasmados en las escrituras a que hemos hecho referencia, que éstas sean presentadas notarialmente a determinados terceros para dárselas a conocer, añadiendo así efectos publicitarios a los meramente probatorios del artículo 1.218 del Código Civil. La presentación al tercero de las escrituras públicas de referencia será más útil antes de la inscripción que después, porque una vez inscritas, ya se presume que el tercero las conoce, en virtud del principio de publicidad material positiva. Es de notar que la presunción de conocimiento derivada de la presentación es, en ocasiones, de ámbito más reducido que la producida por la inscripción, porque ésta no sólo publica, sino que legitima, y la presentación de las escrituras de nombramiento y aceptación de los Administradores y de poderes de inscripción obligatoria realizada antes de su inscripción, no origina una presunción de conocimiento de que tales personas estén legitimadas para actuar. Distinto es el caso de que al ser presentadas tales escrituras estén ya inscritas, en el que la presunción de conocimiento de la legitimación se producirá a través de la nota registral de inscripción, aparte, obviamente, de la derivada del asiento.

L) Eficacia probatoria y eficacia publicitaria

No debe perderse de vista que una cosa es la eficacia probatoria del documento público y otra su eficacia publicitaria. La primera es una consecuencia de la autorización por Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Está consagrada en el artículo 1.218 del Código Civil y despliega su valor probatorio independientemente de su presentación notarial. La segunda requiere, en cambio, que el documento sea presentado notarialmente o inscrito en el Registro, ya que mientras no se cumpla uno u otro de estos trámites, se presume desconocido por los terceros.

10.5.7.4. Principio de legitimación

A) Razón de ser del principio

Si el contenido de los asientos del Registro Mercantil y de la Propiedad coincidiera siempre con la realidad extrarregistral, el principio de le-

gitimación no tendría razón de ser. Pero como, en ocasiones, las inscripciones se hallan en oposición con aquella realidad, se plantea un problema de prevalencia, que puede resolverse de tres maneras distintas: 1.^a Haciendo prevalecer la realidad extrarregistral. 2.^a Haciendo prevalecer el contenido del Registro. 3.^a Haciendo prevalecer este contenido o aquella realidad, según las circunstancias.

En nuestro Derecho rige este tercer sistema, que puede articularse a través de las dos proposiciones siguientes: 1.^a Inicialmente prevalecen los pronunciamientos del Registro, pero las presunciones derivadas de los mismos cesan en el mismo momento en que se inscriba la declaración judicial de inexactitud o de nulidad. Es el principio de legitimación mínima, sin adiciones de fe pública. 2.^a En definitiva, prevalecen los pronunciamientos del Registro, aun en el caso de que se pruebe su inexactitud o nulidad, pero sólo respecto de las personas que reúnan determinados requisitos. Es el principio de fe pública, que será estudiado en la referencia 10.5.7.5.

B) *Presunciones que encierra*

El principio de legitimación registral consiste en la presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos y de exactitud, integridad y validez de los asientos en que constan.

Por la presunción de exactitud se presume que el asiento está de acuerdo con la realidad. Por la presunción de integridad, que contiene toda la realidad. Por la presunción de validez, que está de acuerdo con la ley. Y por la presunción de existencia y pertenencia, que los derechos existen y pertenecen a su titular, en los términos del asiento respectivo.

Un sector de la doctrina refunde las presunciones de exactitud, integridad y validez en una sola presunción: la presunción de exactitud. Funda su punto de vista en la consideración de que las presunciones de integridad y validez están comprendidas dentro de la presunción de exactitud, porque la inscripción nula es inexacta, por estar en desacuerdo con la ley, y la inscripción carente de integridad es, asimismo, inexacta, por no contener toda la verdad.

De las tres presunciones enunciadas, la de integridad y su delimitación frente a la de exactitud reviste cierta complejidad.

Un registro se presumirá o no íntegro, según se entienda que recoge o no toda la realidad jurídica extrarregistral, según que rechace o reconozca, respectivamente, la existencia y efectos de lo que está fuera del Registro. En este sentido, la distinción entre exactitud e integridad se funda en una idea de espacio y en una idea de tiempo. De espacio, por-

que la integridad es la exactitud proyectada hacia fuera del Registro. Y de tiempo, porque la exactitud se concreta en el ahora del asiento, y la integridad en el antes y en el después. La presunción de integridad plena hace tabla rasa de todo lo que no está en el Registro, esté antes o después del asiento, esté documentado pública o privadamente o sin documentar. Viene a proclamar, en suma, que lo que no está en el Registro, no está en el mundo.

No obstante, las presunciones de exactitud, integridad y validez no son exclusivas del Registro. También las originan las escrituras públicas.

La de exactitud, con plena amplitud e intensidad. La de integridad, con menor amplitud (letra C de este mismo capítulo). Y la de validez, con menor intensidad (letra E de este mismo capítulo).

C) *Presunciones de exactitud e integridad en la escritura y en la inscripción*

Dentro de la presunción de exactitud en sentido amplio, se comprende la presunción de exactitud *strictu sensu* (presunción de verdad) y la presunción de integridad (presunción de toda la verdad).

La presunción de exactitud del Registro, en sentido estricto, es derivada. Le viene al Registro de la Notaría. El Notario, al actuar con inmediación, está en contacto directo con los interesados y refleja en la escritura lo que ve y lo que oye durante la audiencia notarial. La escritura pública viene a ser, pues, la verdad del espejo, como apunta NÚÑEZ LAGOS, y es, a la vez, la verdad de la cinta magnetofónica. Es, al decir del mismo autor, la identidad entre *actum* y *dictum*. La fe pública notarial garantiza la autenticidad, y con ella, la verdad de la escritura, que sólo puede ser destruida mediante prueba de falsedad. Y al ser inscrita la escritura, no se destruye, como es lógico, esa presunción de exactitud, sino que se proyecta en el asiento.

La presunción de exactitud recibe su consagración del artículo 1.218 del Código Civil, a cuyo tenor: «Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste». En relación con el artículo 1.216 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario...». Aunque no lo diga explícitamente el precepto, los documentos públicos también hacen prueba a favor del tercero. El artículo 1.218 se pronuncia sobre la fuerza probatoria del documento público, que para su plena eficacia frente al tercero debe serle presentado o inscrito, para dársele a conocer, con el fin de que no pueda alegar ignorancia, ya que los documentos públicos no se presumen conocidos. (Es de notar que

aun en el caso de que no sea presentado ni inscrito, el documento público conserva íntegra su fuerza probatoria.) La fe notarial cubre el hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste. No obstante, el hecho que motiva el otorgamiento no es propiamente tal, sino el hecho que se quiere autenticar o negocio jurídico contenido en el documento (compraventa, aportación, etc.). La fe notarial no cubre, sin embargo, la veracidad de las llamadas declaraciones de verdad formalizadas por los otorgantes, sino únicamente que tales declaraciones de verdad fueron formuladas.

En cambio, la presunción de integridad, en su dimensión registral, es originaria del Registro. Nace con el asiento, no con el documento. El negocio jurídico recibe de la autorización notarial exactitud, pero sólo una integridad parcial, porque al Notario se le escapa todo lo que cae fuera de la audiencia notarial. La integridad de la escritura desborda, sin embargo, el presente. No se circunscribe al acto del otorgamiento, en cuyo caso se confundiría con la exactitud, sino que se proyecta al futuro en los términos que se dirá, pero no al pasado.

La integridad de la escritura está en conexión con el principio de presentación notarial, según el cual la persona a quien se presente notarialmente un documento, se presume enterada de su contenido (*vid.* referencia 10.5.7.3, letra J). Este principio tiene su reflejo en el artículo 174, párrafo 1.º, del Reglamento Notarial, a cuyo tenor: «La relación de los títulos de adquisición del que transmita, modifique, grave o libere un inmueble o derecho real, se hará de acuerdo con lo que resulte de los títulos presentados...».

La integridad documental de la escritura pública tiene su fundamento en los artículos 1.219 del Código Civil y 174, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial. Según el artículo 1.219 del Código Civil: «Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra tercero cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero». Y según el artículo 174, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial: «En los títulos o documentos presentados o exhibidos al Notario con aquel objeto (el objeto a que se refiere el párr. 1.º), y al margen de la descripción de la finca o fincas o derechos objeto del contrato, se pondrá nota expresiva de la transmisión o acto realizado, con la fecha y firma del Notario autorizante. Cuando fueren varios los bienes o derechos, se pondrá una sola nota al pie del documento».

A tenor del principio de presentación notarial, si el título de adquisición del que transmite, modifica, grava o libera un inmueble o derecho real —llamado por unos, título ostensible, y por otros, título apa-

rente— es presentado notarialmente al otro contratante —tercero respecto del título ostensible—, éste adquiere conocimiento de su contenido. Sin embargo, este conocimiento añade poco a su seguridad jurídica. Sólo le garantiza que en una fecha anterior —la del título ostensible— la persona que transmite, modifica, grava o libera era dueño según dicho título. Pero no que siga siéndolo en el momento de la presentación, ya que el tercero —tercero notarial— ignora si en el tiempo transcurrido entre el otorgamiento del título ostensible y su posterior presentación, al otorgarse la nueva escritura, se han otorgado escrituras modificativas o desvirtuantes del título ostensible. El artículo 1.219 del Código Civil resuelve el planteamiento a través de una regla general y de dos excepciones, al sentar la doctrina de que para el tercero se presume que no existen escrituras modificativas de la escritura ostensible, con excepción de las reseñadas en las notas del propio título ostensible y de las que figuren inscritas en el Registro. Tales notas se habrán extendido en el título ostensible, por el Notario que haya autorizado las posibles escrituras modificativas, sobre la base de aquel título.

Pensamos, sin embargo, que aun en el caso de que la escritura modificativa no se haya reflejado por nota en el título ostensible, ni se haya inscrito, no procederá la presunción de integridad de este título y, por consiguiente, deberá respetarse la escritura modificativa, cuando se pruebe que el tercero notarial conocía la existencia de ésta.

En el planteamiento del artículo 1.219 entran en juego dos escrituras: la ostensible y la modificativa, cuyas posiciones jurídicas son intercambiables a través del tiempo. La escritura ostensible puede ser, en efecto, modificativa de otra escritura anterior, y la escritura modificativa puede ser utilizada como escritura ostensible, respecto de otra escritura posterior.

La doctrina que precede se funda en los principios de presentación notarial (10.5.7.3, letra J) y de publicidad registral (10.5.7.3, letras C y D principalmente), en relación con la teoría del conocimiento. Si la escritura modificativa figura reseñada en la escritura ostensible, se presume que el tercero a quien haya sido presentada conoce su existencia, ya que la presunción de conocimiento derivada de la presentación alcanza a todo el contenido del título presentado y, por consiguiente, también a las notas. Si la escritura modificativa está inscrita en el Registro, se presume, asimismo, que el tercero la conoce, a través de la inscripción, en virtud del principio de publicidad material positiva. Si la escritura modificativa no consta reseñada en el título ostensible ni inscrita en el Registro, se presume que el tercero desconoce su existencia. Y de aquel conocimiento y de este desconocimiento, se deriva que el tercero,

sea o no perjudicado por la escritura modificativa, dando por supuesto, en el último caso, su buena fe o desconocimiento real de dicha escritura.

El artículo 1.219 del Código Civil consagra la integridad de la escritura pública ostensible, respecto de las escrituras modificativas, que por serlo tienen que ser posteriores, pero no respecto de las escrituras anteriores a la escritura ostensible. Afirma, en suma, la integridad de la escritura ostensible cara al futuro, pero no respecto del pasado.

Quedan fuera del artículo 1.219 los efectos de las escrituras públicas y documentos privados entre los mismos interesados, que se producirán plenamente, ya que entre ellos rige la totalidad de los negocios jurídicos, y los efectos respecto de tercero de los documentos privados: si el documento objeto de presentación fuera privado (*las contre lettres*), no originaría presunción alguna de exactitud ni de integridad; si fuera anterior al título ostensible, no prevalecería contra éste frente a tercero, debido a la facilidad con que los documentos privados pueden fabricarse y fecharse, y si fuera posterior, tampoco produciría efecto frente a tercero, porque si las escrituras públicas modificativas no los producen en los dos casos examinados (art. 1.219), con mayor razón no deben producirlos los documentos privados, tal como explícitamente se preceptúa en el artículo 1.230 del Código Civil.

El ámbito de la integridad notarial es, pues, más restringido que el de la integridad registral. Esta, en efecto, comprende el antes y el después del asiento y prevalece sobre todos los documentos no registrados, anteriores y posteriores al asiento legitimante, presentados notarialmente y no presentados.

El titular documental de un derecho puede haber descuidado su inscripción, por negligencia o por cualquier otra causa, adelantándosele en la inscripción otro titular del mismo derecho en documento posterior, en cuyo caso, por presumirse íntegra la inscripción del documento posterior, se presumiría inexistente el anterior. Por otra parte, la titularidad documental de un derecho puede estar sujeta a ciertas limitaciones, cargas o condiciones, o subordinada a ciertos consentimientos que no resulten del Registro ni vengan impuestos por la ley, en cuyo caso inscrito el derecho afectado a nombre de su titular, tales condiciones, limitaciones, cargas o consentimientos no inscritos se presumirán inexistentes, en méritos de la misma presunción de integridad. Es de notar que los supuestos que preceden tienen mayor incidencia en el Registro de la Propiedad que en el Mercantil.

Las presunciones de exactitud e integridad de las escrituras públicas se benefician de una presunción de permanencia, que asegura su perduración: en la presunción de exactitud, mientras no se declare judicialmente la nulidad, en el caso, por demás, insólito de falsedad, y en la de

integridad, mientras no exista una resolución judicial o un asiento registral que la contradiga.

La doctrina que antecede rige la integridad documental en la esfera inmobiliaria a través de los artículos 174 del Reglamento Notarial y 1.219 del Código Civil. Y parece que asimismo debe regirla en la esfera mercantil, a través de este último precepto en solitario, porque la generalidad de los términos del artículo 1.219 no excluye ningún campo de aplicación, y porque si bien el Reglamento Notarial (art. 174) no obliga a que los Notarios pongan las notas fuera del caso de que la escritura verse sobre inmuebles o derechos reales —de lo cual es deducible que en la esfera mercantil las escrituras no tienen por qué llevar notas—, no es menos cierto que las notas constituyen, atendiendo a sus efectos, una simple excepción a la regla general, y que la menor frecuencia en la aplicación de las excepciones no afecta a la vigencia de la regla general.

El planteamiento del artículo 1.219 del Código Civil es de general aplicación. En cambio, el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su inciso final, al declarar la nulidad de los pactos sociales que se mantengan reservados, contempla la integridad documental, circunscrita a un supuesto especial —el de la constitución de la Sociedad—, que será estudiado en el epígrafe D que sigue.

D) *Ejemplos de aplicación de la integridad documental
a la materia objeto de este estudio*

Podemos aducir, entre otros, los siguientes ejemplos:

El contrato otorgado por los Gestores en nombre de la Sociedad Anónima en creación, puede haberse formalizado en escritura pública y contener, como es obvio, los pactos y estipulaciones que los otorgantes hayan estimado pertinentes, dentro del área de su autonomía de voluntad. Estas estipulaciones o pactos pueden haber sido modificados posteriormente, también por escritura pública, entre los mismos otorgantes, antes de la inscripción de la Sociedad y con el consentimiento de ésta después de inscrita. Los supuestos de hecho que preceden forman, en su conjunto, el esquema contemplado en el artículo 1.219 del Código Civil. Si la escritura entre los Gestores y los terceros que contratan con ellos, se presenta notarialmente, como título ostensible, a otra persona, se origina, a favor de la misma, una presunción de integridad que abarca el tiempo transcurrido entre la fecha de la escritura y la de su presentación en la Notaría, cuya presunción considera inexistente la escritura modificativa, con las dos excepciones previstas en el expresado artículo.

La escritura de constitución de Sociedad Anónima y sus Estatutos,

con sus aportaciones y derechos personales, puede haber sido modificada posteriormente por los propios fundadores antes de la inscripción de la Sociedad o por ésta después de inscrita, en cuyos casos, si se presenta la escritura como título ostensible a un tercero, se origina a su favor una presunción de integridad de la escritura presentada, que prevalece sobre la escritura modificativa, con idénticas salvedades.

Otros supuestos de aplicación del artículo 1.219 pueden producirse en relación con el precontrato de Sociedad —precontrato cuya finalidad principal es asegurar la efectividad de las aportaciones—, siempre que conste en escritura pública, y con las escrituras públicas que acrediten el nombramiento de los Administradores y las facultades conferidas a los Apoderados, cuyas escrituras pueden haber sido modificadas posteriormente, las cuales no afectarán a los terceros a quienes hayan sido presentadas las escrituras iniciales como títulos ostensibles, fuera de las modificaciones reseñadas en las notas o inscritas en el Registro.

Los supuestos anteriores son semejantes a los examinados en la referencia letra K del epígrafe 10.5.7.3, con la diferencia de que aquí la finalidad de la presentación consiste en originar una presunción de integridad, y en la referencia citada, en producirla de conocimiento.

Otro caso de integridad documental es el contenido en el artículo 6, inciso final, de la Ley de Sociedades Anónimas, al declarar la nulidad de los pactos reservados. Los pactos y cláusulas no incluidos en el contrato social, no producirán, obviamente, efectos probatorios (art. 1.218 del Código Civil). Tampoco los producirán publicitarios, aunque el contrato social se presente a los terceros (10.5.7.3, letra J) o se inscriba, porque ni en la presentación ni en la inscripción se reflejarán los pactos que no consten en la escritura de constitución. En cambio, dotarán a la escritura sin los pactos de una presunción de integridad, que no se limitará a los terceros, sino que se extenderá a los socios, porque el tenor literal del precepto no recoge esa limitación y porque en la fundación simultánea, la Sociedad Anónima debe fundarse en un solo acto, en el que deben prestarse todos los consentimientos, conforme al artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas. Los pactos mantenidos reservados en la constitución pueden, ciertamente, ser incluidos en una modificación posterior de los Estatutos, con los requisitos del artículo 85 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo caso la validez arrancará del acto modificativo y no del constitutivo.

E) *Presunción de validez de la escritura y del Registro*

La presunción de validez contemplada en la dimensión que le confiere la inscripción registral es originaria del Registro. Las escrituras públicas salen de la Notaría investidas de cierta presunción de validez, dimanante de la calificación notarial, conforme al artículo 145 de su Reglamento. No obstante, esta presunción es sólo de hecho, como comprendida en el artículo 1.253 del Código Civil y fundada en el enlace preciso y directo, según las reglas de criterio humano, entre el hecho demostrado —la autorización por Notario, profesional de reconocida competencia— y aquel que se trata de deducir, cual es la validez de la escritura. Esta presunción de hecho, al inscribirse la escritura, sufre una mutación, convirtiéndose, en méritos del principio de legitimación registral, en una presunción de derecho, de las previstas en el artículo 1.250 del mismo Cuerpo legal.

F) *Consideración especial del principio de legitimación registral*

a) *Formulación legal y estudio de sus efectos*

Destaquemos de entrada, que los efectos del principio de legitimación están dotados de mayor amplitud que los del principio de fe pública, porque se producen para las partes y para los terceros, y que tienen menor permanencia porque su protección es meramente provisional y cesa para las partes cuando se declare judicialmente la nulidad o inexactitud del asiento, y para tercero, cuando se inscriba esta declaración. En cambio, los efectos del principio de fe pública son permanentes, pero se producen sólo respecto de tercero (10.5.7.5, letra D).

El principio de legitimación registral se contiene en los artículos 38, 97 y 1, en su última parte, de la Ley Hipotecaria, y en los artículos 3, párrafo 1.º, y 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en sus dos primeros párrafos, dice lo siguiente: «A todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. De igual modo, se presumirá que quien tenga inscrito el dominio o derechos reales tiene la posesión de los mismos», y «Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. La demanda de

nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta ley cuando haya de perjudicar a tercero».

El artículo 97 de la misma Ley Hipotecaria dispone que: «Cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera».

El párrafo primero del artículo 38 y el artículo 97 se refieren a la parte sustantiva del principio de legitimación. El párrafo 2.º del artículo 38, a la parte procesal, al desarrollar el artículo 1 de la misma ley, en cuyo párrafo 3.º se dispone que: «Los asientos del Registro..., en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declara su inexactitud en los términos establecidos en esta ley».

El artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que: «El contenido de los libros del Registro se presume exacto y válido».

El artículo 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil dispone que: «Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

El artículo 3, párrafo 1.º, contiene la parte sustantiva; el artículo 1, párrafo 3.º, la parte procesal.

Las diferencias entre el tenor literal del artículo 38, en su párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, y el artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil, son notorias.

La diferencia más ostensible consiste en que, en el primero, la presunción comprende la existencia y la pertenencia, y en el segundo, la exactitud y la validez. No obstante, pensamos que en ambos Registros, la presunción abarca la existencia, pertenencia, exactitud, con su componente de integridad, y validez, porque sólo lo que existe puede ser exacto y válido, y sólo de un asiento exacto y válido cabe deducir la existencia y pertenencia del derecho en los términos del mismo asiento. En este sentido, por lo que se refiere a esta última proposición, son ilustrativas las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria vigente, al declarar que «el Registro de la Propiedad se presume exacto e íntegro, mientras judicialmente no se demuestre lo contrario».

Es más, la presunción de legitimación registral mercantil no sólo protege la existencia y pertenencia de los derechos, sino de aquellas facultades que por ser representativas, no puede afirmarse en puridad que constituyan derechos, como las de los Administradores y Apoderados, y no son derechos porque si el derecho subjetivo es un interés tutelado jurídicamente, el interés al que sirven unos y otros es el de la Sociedad, en la que reside, por consiguiente, el derecho.

Otra diferencia consiste en que el ámbito de protección es más extenso en el Registro Mercantil que en el de la Propiedad. En efecto, según el tenor literal de los preceptos citados, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria protege los derechos, y el artículo 3, párrafo 1.º, del Reglamento del Registro Mercantil protege el contenido de los libros, en los que se insertan los derechos, de lo cual cabría deducir que las circunstancias de hecho son protegidas en el Registro Mercantil, ya que constituyen parte de sus libros, y que no lo son en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, tal aseveración tendría que resistir dos puntualizaciones: 1.ª Después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953 (*vid.* 10.5.7.5, letra C, b)), no puede afirmarse sin más, que la protección legitimante no alcance en el Registro de la Propiedad a las circunstancias de hecho o descriptivas. 2.ª En el libro de Sociedades del Registro Mercantil, falta el sustrato físico en el que podrían asentarse ciertas circunstancias de hecho.

Las dos diferencias expuestas afectan a la parte sustantiva del principio de legitimación. Las dos que se exponen a continuación afectan a la parte procesal.

Una de ellas consiste en que el artículo 1, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria dispone que los asientos del Registro de la Propiedad producirán todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y el artículo 1, párrafo 3.º, del Reglamento del Registro Mercantil preceptúa que los asientos del Registro producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. El principio de legitimación produce efecto entre las partes y respecto de tercero, y parece, conforme a una interpretación lógica, que tales efectos deben cesar: entre las partes, en el momento de la resolución judicial, y respecto de tercero, en el momento en que esta resolución sea inscrita.

Otra diferencia, también en el ámbito procesal, consiste en que no pueda ejercitarse en el Registro de la Propiedad ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y en que el Reglamento del Registro Mercantil guarde silencio sobre el particular. Parece, no obstante, que hay base para aplicar en el Registro Mercantil la misma doctrina que en el Registro de la Propiedad.

En ambos Registros, el principio de legitimación es aplicable a las partes y a los terceros. Actúa en beneficio de las partes, mediante las presunciones a favor del titular inscrito estudiadas en las referencias B, C y D de este capítulo. Y en beneficio de los terceros, porque también

actúa en contra del titular inscrito, como, por ejemplo, en el principio de fe pública.

Las aplicaciones prácticas del principio de legitimación registral son principalmente de tipo procesal. Cabe distinguir en ellas los efectos ofensivos y defensivos.

Los efectos ofensivos se manifiestan en la inversión de la carga de la prueba y son resumidos, en gran síntesis y con referencia al Registro de la Propiedad, por CHICO Y ORTIZ, FERNÁNDEZ CABALEIRO y AGERO FERNÁNDEZ (*Manual del Registro de la Propiedad*) en la siguiente forma:

«La legitimación favorece al titular registral:

1.º Si es demandante:

No le corresponde la carga de la prueba, siendo el demandado el que habrá de probar que el derecho no pertenece a aquél o no tiene la extensión y límites que la inscripción le atribuye (arts. 313 de la Ley Hipotecaria y 1.250-1.251 del Código Civil).

Le corresponde la posibilidad de ejercitar el derecho en el orden judicial y administrativo (art. 313 de la Ley Hipotecaria) en los siguientes términos.

El ejercicio de las acciones reivindicatoria, negatoria o confesoria, sin necesidad de exhibir más títulos ni prueba de la certificación registral (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, 1 de marzo de 1954 y 25 de enero de 1958).

Ejercitar las acciones reales derivadas de los derechos inscritos (artículos 41 y 129 y sigs. de la Ley Hipotecaria).

Ejercitar la acción de desahucio contra el que se encuentre en posesión de la finca, en concepto de precarista (art. 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1955).

Legitimación para la protección interdictal.»

Como se infiere del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y es lógico, las acciones reales derivadas de los derechos reales inscritos, sólo son protegidas por el principio de legitimación cuando se ejerciten mediante un proceso de ejecución, no de cognición.

En ese caso están las acciones reivindicatoria, la confesoria y la negatoria de derechos reales que impliquen posesión. No están, según ROCA SASTRE, la confesoria y la negatoria de derechos que no llevan consigo posesión, debido a dificultades de efectividad procesal. Tampoco la declarativa de dominio que no implica sentencia de condena, ya que no se dirige a la efectividad o ejecución de un derecho, sino a la mera declaración de su existencia, ni la acción publiciana, que si bien, como observa el mismo autor, es una variante de la acción reivindicatoria, no se funda

en un derecho de propiedad, sino en un dominio fingido o supuesto apoyado en una apariencia de adquisición en virtud de justo título y buena fe, razón por la cual no encaja en el artículo 41 de la ley, que contempla el supuesto de un proceso de ejecución fundado en la presunción de propiedad provocada por el principio de legitimación registral.

«2.º Si el titular registral es demandado queda relevado de probar su derecho.»

Los efectos defensivos se concretan en que no puede ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la acción correspondiente (artículo 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria).

Lo que antecede marca una diferencia fundamental con el mundo documental, en el que no cabe imponer la destrucción del documento conflictivo para el ejercicio de las acciones contradictorias. Lo cual no sería factible, puesto que la existencia y contenido de los documentos sólo con conocidos por los otorgantes y sus allegados.

La necesidad de previa o simultánea demanda de nulidad o cancelación para el ejercicio de las acciones contradictorias, rige para las acciones reivindicatoria, la declarativa de dominio y las acciones confesoria y negatoria de derechos reales.

La acción contradictoria del dominio está en conexión con la de rectificación del Registro, que tiene su regulación en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, cuyos cuatro supuestos, incluso el señalado con la letra a), han quedado enmarcados, en el Registro de la Propiedad, dentro de los principios de legitimación y fe pública y fuera del principio de publicidad (10.5.7.3, letra E).

Otro efecto defensivo es el previsto en el artículo 38, 3.º, de la Ley Hipotecaria, que contempla la posición del titular inscrito como tercerista, al disponer que: «En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas, en el instante en que conste en autos, por certificado del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, en concepto de heredera del que aparece como dueño en el Registro».

En el Registro Mercantil, los efectos ofensivos del principio de legitimación se concretan, como en el Registro de la Propiedad, en la inversión de la carga de la prueba. El demandante queda relevado de probar los hechos constitutivos de la demanda, y el demandado, de probar los

extintivos e impeditivos, mediante la aportación de una certificación registral del asiento correspondiente.

Los requisitos para el ejercicio de las acciones contradictorias de los asientos del Registro Mercantil están huérfanos de regulación. El planteamiento ya ha sido estudiado dentro de este mismo capítulo y letra, y resuelto, por analogía con el Registro de la Propiedad, en el sentido de ser necesaria la previa o simultánea demanda de nulidad o cancelación de la inscripción.

Si la inscripción sanara los títulos de sus vicios sería, en general, inatacable, ya que los defectos de los títulos constituyen el origen más frecuente de la nulidad de la inscripción. La admisibilidad de las acciones contradictorias de las inscripciones supone, pues, la carencia de efectos sanatorios de la inscripción consagrada en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil, en los artículos 33 de la Ley Hipotecaria y 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil.

b) *Aplicación del principio de legitimación registral a la materia objeto de nuestro estudio. Procesos jurídicos que preceden a la presunción legitimante*

En la aplicación del principio de legitimación registral a la materia objeto de nuestro estudio, nos ocuparemos de los siguientes supuestos:

a') Transmisión a la Sociedad del dominio de los inmuebles y derechos reales adquiridos por mediación de los Gestores en la fase de Sociedad en creación y de los aportados por los fundadores en la constitución de la Sociedad.

b') Derechos personales originados en méritos de la inscripción de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil.

c') Facultades derivadas de la inscripción en el mismo Registro, del nombramiento y facultades de los Administradores y Apoderados.

Es usual que en el estudio de las instituciones jurídicas se haga referencia a sus antecedentes históricos, con la finalidad de comprobar la medida en que tales antecedentes han influido en la normativa vigente. Paralelamente, puede revestir cierto interés añadir al estudio de los supuestos antes mencionados una breve referencia a su pequeña historia, circunscrita a los procesos jurídicos que preceden a la presunción legitimante, no para descubrir influencias que por tratarse de conceptos distintos no tienen por qué producirse, sino para comprobar las connotaciones existentes y de situar el espacio jurídico que ocupa la presunción en el contexto de las materias afines.

a') El dominio de los inmuebles o derechos reales que el tercero transmite a la Sociedad, por mediación de los Gestores, en el supuesto del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, puede constar inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del propio transmitente o de otra persona. El dominio de los inmuebles o derechos reales que los fundadores aportan a la Sociedad puede igualmente figurar inscrito en dicho Registro a nombre de los aportantes o de persona distinta. En todo caso, la presunción legitimante origina a favor del titular inscrito una presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos, y de exactitud, integridad y validez de los asientos que los contienen —conforme a lo expuesto en este mismo capítulo, letras B y F—, de las que se derivan los medios ofensivos y defensivos que en dicha referencia letra F se estudian.

Practicada la inscripción a nombre de la Sociedad de aquellos inmuebles o derechos reales, las presunciones y medios de referencia, inherentes a la inscripción en sí, cambian de titular y pasan a proteger los derechos de la Sociedad.

El proceso que precede a la presunción legitimante pasa por las siguientes fases: perfección del contrato, tradición e inscripción. Las dos primeras fases se producirán simultáneamente en el caso de que la ratificación se otorgue mediante escritura pública. Por la perfección se originan derechos personales; por la tradición, tales derechos se convierten en derechos reales, y por la inscripción, producen efecto respecto de tercero. Cada etapa requiere una manifestación de voluntad específica de los interesados, y en cada una, los efectos se producen por acumulación sobre los de la etapa precedente —siquiera en la tradición se produzca una mutación— y a favor de las mismas personas. Ese proceso va seguido de la presunción legitimante, que coincide con el proceso, a partir de la tradición, en su carácter real, en producir los efectos de modo acumulativo sobre los de la inscripción, y en la circunstancia de producirse a favor de la misma persona —el titular inscrito— y en beneficio del mismo derecho —el derecho inscrito—. Y se diferencia de las anteriores etapas en que para beneficiarse de la presunción no se exige una manifestación de voluntad específica del titular inscrito distinta de la petición de inscripción —implícita en la presentación de la escritura (10.5.7.1, al principio)—, porque se produce por ministerio de la ley, cuya voluntad suple la del beneficiario.

b') La inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil origina las mismas presunciones: de existencia y pertenencia de los derechos —que aquí son personales—, y de exactitud, integridad y validez de los asientos, y proporciona los mismos medios ofensivos y defensivos, conforme a lo expuesto en la letra F de este mismo capítulo. En

esta inscripción de constitución de Sociedad es importante considerar que la presunción legitimante alcanza a todas y cada una de las circunstancias que, conforme a los artículos 100, 102, 103 y 104 del Reglamento del Registro Mercantil deben constar en la inscripción, y que, en gran síntesis, son las siguientes: las relativas a la identidad de los otorgantes, aportaciones, pactos lícitos y condiciones especiales y las tomadas de los Estatutos, como son las siguientes: *a)* denominación, *b)* objeto, *c)* duración, *d)* fecha del comienzo de las operaciones, *e)* domicilio social, *f)* capital social, *g)* parte del capital social no desembolsado, *h)* órganos encargados de la administración y de la representación e *i)* Juntas generales. La presunción legitimante afecta, pues, junto a otras características de menos entidad, a los tres trazos maestros que configuran el contorno de la Sociedad: al objeto social, fuera del cual la Sociedad, conforme a una interpretación estricta de la ley, no puede actuar (10.6.2.2., proposición 1.^a); a la expresión de quién o quiénes ostentan la representación de la Sociedad, cuyas facultades, dentro del giro o tráfico de la Sociedad, también con arreglo a una interpretación estricta de la ley, no pueden ser mermadas (10.6.2.2, proposición 3.^a), rigor que, en ambos casos, el Derecho vivido se ha encargado de atenuar, y a la cifra del capital social, que señala el límite de la responsabilidad de la Sociedad frente a tercero. La presunción legitimante significa, en relación con tales circunstancias, una vez reflejadas en la inscripción, que son verdaderas por coincidir con lo realmente pactado; que son íntegras porque fuera del Registro no puede haber ningún pacto que se les oponga, cuya integridad, sin salir del ámbito documental, tiene un fundamento adicional en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, que declara, en su último inciso, la nulidad de los pactos que se mantengan reservados (*vid.*, dentro de este mismo capítulo, la letra D, al final), y que son válidas por estar de acuerdo con la ley.

Son perceptibles, por otra parte, importantes analogías y diferencias entre los caracteres de la presunción legitimante y los del proceso que la precede. Integran este proceso dos hitos relevantes: la escritura de constitución social y su inscripción en el Registro Mercantil. Los derechos que dimanen de la escritura y de la inscripción son, en ambos casos, personales y no reales, lo cual descarta la tradición; el proceso no es traslativo en ninguno de sus trámites, sino meramente creativo, y los efectos no se producen por acumulación sobre los de la etapa anterior, sino sobre derechos distintos y a favor de distintas personas. Lo cual es así porque mediante la escritura, según el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, se crean una serie de obligaciones y responsabilidades de los fundadores, frente a la Sociedad y frente a tercero, con sus derechos correlativos, y por medio de la inscripción de la escritura se crea otra

serie de derechos —derechos nuevos— entre los socios y la Sociedad y entre ésta al actuar y los terceros, como consecuencia de la personalidad jurídica de la Sociedad (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas), que nada tienen que ver con los derechos creados en la escritura. No hay mutación de unos mismos derechos, sino derechos distintos. Finalmente, tanto la escritura como la inscripción, exigen sendas manifestaciones de voluntad de los interesados, explícita en la primera e implícita en la segunda —por presumirse en el hecho de la presentación registral de la escritura—. Al proceso anterior le sigue la presunción legitimante, que coincide con las dos etapas del mismo, en la nota de producirse en relación a derechos personales, pero se diferencia en no necesitar una manifestación de voluntad específica de los interesados (distinta de la petición de inscripción), encaminada a obtener los beneficios de la presunción y en producirse por acumulación sobre la inscripción, como un efecto más, al lado de la adquisición de la personalidad jurídica.

c') La inscripción en el Registro Mercantil de los Administradores, en cualquiera de sus modalidades, y de los Apoderados origina las mismas presunciones de existencia y pertenencia, y de exactitud, integridad y validez.

Existiendo Consejo de Administración, el proceso que desemboca en la presunción legitimante pasa por las siguientes fases: pacto estatutario de que haya Consejo; atribución al Consejo de la representación de la Sociedad, por ministerio de la ley (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas); nombramiento de los Administradores que deban integrar el Consejo por la Junta general (art. 71 de la Ley de Sociedades Anónimas), e inscripción del Consejo y de sus miembros en el Registro Mercantil.

Si no se ha pactado en los Estatutos que exista Consejo de Administración, el proceso pasa por los siguientes trámites o etapas: pacto estatutario de que haya un Administrador único o varios Administradores solidarios; atribución de la representación de la Sociedad al Administrador o Administradores en los propios Estatutos; nombramiento por la Junta general de las personas que deban ser Administradores, e inscripción del órgano administrativo y de los Administradores que lo integran en el Registro Mercantil.

Tanto si hay Consejo de Administración como Administradores aislados, los trámites de ambos procesos se producen mediante sendas manifestaciones de voluntad, excepto la atribución de la representación social al Consejo, que se realiza por ministerio de la ley; cada trámite se produce por acumulación sobre el anterior, y en todos ellos se manejan facultades, más que derechos personales, porque siendo el derecho subjetivo un interés tutelado jurídicamente y obrando los Administradores en interés de la Sociedad, es en ésta donde se encuentra el derecho.

La inscripción de los Administradores (10.5.6.4.1), último trámite de los procesos reseñados, desencadena la presunción legitimante, acumulativamente sobre la inscripción, por ministerio de la ley y en relación con facultades personales. Pero como quiera que la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil ya habrá originado anteriormente otra presunción legitimante respecto de todas y cada una de las circunstancias de la inscripción, nos encontraremos en presencia de dos presunciones legitimantes concurrentes: la derivada de la inscripción de la Sociedad, en la que deberán constar necesariamente las circunstancias del órgano administrativo (arts. 100, núm. 4, y 102, letra *h*), del Reglamento del Registro Mercantil), y la producida por la inscripción de los Administradores, con la importante diferencia de que la presunción originada por la inscripción de la Sociedad sólo protege necesariamente las circunstancias del órgano, pero no las de los Administradores, que no tienen por qué haber sido nombrados por la Junta antes de la inscripción de la Sociedad y que incluso con una interpretación estricta de la ley no cabe que lo hayan sido (10.5.6.4, al principio), mientras que la presunción originada por la inscripción de los Administradores protege las circunstancias del órgano y la identidad de los Administradores.

La presunción legitimante derivada de la inscripción en el Registro Mercantil de los Consejeros Delegados y de la Comisión Ejecutiva va precedida del mismo proceso que conduce a la inscripción del Consejo de Administración, con la adición al final de dos trámites: la designación por el Consejo de los Consejeros Delegados o de la Comisión Ejecutiva (artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas y referencia 10.5.6.7) y la inscripción en el Registro Mercantil (10.5.6.7.1). Ambos trámites requieren sendas manifestaciones de voluntad, se producen por acumulación y manejan facultades personales.

La Junta general no es inscribible en el Registro Mercantil. No puede existir, pues, una presunción legitimante derivada de esta inscripción. Sin embargo, la Junta no queda huérfana de protección, la cual le llega a través de la inscripción de constitución de Sociedad, en la que constarán —porque deben constar en los Estatutos— los plazos y forma de convocar y constituir las Juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias, la forma de deliberar y tomar acuerdos y la de designar Presidente y Secretario (arts. 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su número 3, letras *i*) y *j*), y 102, letra *i*), del Reglamento del Registro Mercantil).

Si el órgano que confiere poderes es el órgano administrativo, el proceso anterior a la presunción consta de los trámites ya reseñados a propósito de los Administradores, en sus diferentes modalidades, con la adición de otros dos: el otorgamiento de los poderes en escritura pública

y su inscripción en el Registro Mercantil, cuya inscripción es necesaria en los poderes de inscripción obligatoria (art. 86, núm. 6, del Reglamento del Registro Mercantil).

La inscripción de los poderes otorgados por los Administradores requiere la previa inscripción de éstos, porque en otro caso, siendo la inscripción un requisito de legitimación, los Administradores podrían contratar sin estar legitimados valiéndose de un Apoderado (10.5.6.4.1 y 10.5.7.2, letra C, al final).

Si el órgano que confiere poderes es la Junta general, el proceso anterior a la presunción legitimante requiere: la convocatoria y celebración de la Junta con el acuerdo de conferir poderes (10.5.6.5.1 y sigs.); escritura pública de apoderamiento e inscripción en el Registro, en los de inscripción obligatoria.

Los trámites añadidos, en los poderes otorgados por el órgano administrativo y los propios de la Junta que los otorga, se producen acumulativamente, mediante declaraciones de voluntad, y obviamente tienen por objeto derechos, o mejor dicho, facultades personales y no reales.

Quedan fuera del supuesto las delegaciones que, además de los poderes, la Junta puede otorgar. La delegación se diferencia del poder en que se otorga a favor del órgano administrativo y en que no requiere escritura pública, sino solamente acuerdo de la Junta.

En todo caso, la inscripción de los Administradores en cualquiera de sus modalidades y la de los poderes, requiere la previa inscripción de la Sociedad.

En la inscripción de los Administradores y de los Apoderados se produce la confluencia de las dos acepciones que presenta el sustantivo legitimación: como presunción y como requisito, reflejados, respectivamente, en los artículos 3, párrafo 1.º, y 5 del Reglamento del Registro Mercantil.

En este mismo capítulo, y principalmente en su letra F, nos hemos referido a la legitimación como presunción. En el capítulo 10.5.7.2, letra C, estudiábamos la legitimación como requisito que habilita a la Sociedad y a sus órganos para actuar.

La ley quiere que sólo pueda otorgar actos y contratos en nombre de la Sociedad quien pueda esgrimir a su favor la presunción legitimante, que únicamente mediante la inscripción se adquiere. Este postulado preside la actuación del órgano administrativo y de los Apoderados en tal medida, que si no están inscritos sanciona con la nulidad a los actos y contratos que otorguen. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es el órgano administrativo, es necesaria, como decíamos, la previa inscripción de la Sociedad y de dicho órgano y personas que lo integran (artículo 4, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil). Si quien con-

trata en nombre de la Sociedad es un Apoderado con poderes otorgados por el órgano administrativo, son necesarias, además de dichas inscripciones, la inscripción del poder, si es de inscripción obligatoria. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es un Apoderado con poderes de la Junta, sólo se necesita la inscripción de la Sociedad y la inscripción del poder de inscripción obligatoria, ya que, como decíamos, la Junta no tiene acceso al Registro Mercantil. Si quien contrata en nombre de la Sociedad es el órgano administrativo, en quien la Junta haya delegado, se requiere la inscripción de la Sociedad y del órgano administrativo delegado.

Pero en todos los supuestos a que nos hemos referido, si se exige la previa inscripción de los Administradores o Apoderados para que unos u otros puedan actuar en nombre de la Sociedad, es en base de la presunción que proporciona el principio de legitimación registral, porque sin aquella inscripción falta toda seguridad respecto de la existencia, pertenencia, extensión y validez de las facultades que se ejercitan, seguridad que sólo la presunción legitimante puede deparar.

La previa inscripción de la Sociedad no responde, en cambio, a imperativos del principio de legitimación, sino de los principios de tracto sucesivo impropio (10.5.7.6) y de inscripción constitutiva (10.5.7.8). En méritos del primero, el historial de la Sociedad debe abrirse con la inscripción de constitución social y, en consecuencia, sin ella no se pueden inscribir los Administradores ni los Apoderados. En virtud del segundo, la Sociedad no inscrita es inexistente (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas) y, como es obvio, no puede tener Administradores ni Apoderados.

10.5.7.5. *Principio de fe pública*

A) *Formulación legal*

El principio de fe pública se contiene: con referencia al Registro de la Propiedad, en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, completado por los artículos 31, 37 y 40, último párrafo, de la misma Ley, y por lo que atañe al Registro Mercantil, en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento de dicho Registro. En los citados artículos se preceptúa lo siguiente:

«El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas

que no consten en el mismo Registro.» «La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.» «Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente.» (Art. 34 de la Ley Hipotecaria.)

«La nulidad de las inscripciones de que trata el artículo precedente (se refiere a la nulidad formal, por omisión o expresión con inexactitud sustancial de alguna de las circunstancias comprendidas en el art. 9 de la Ley Hipotecaria) no perjudicará el derecho anteriormente adquirido por un tercero protegido con arreglo al artículo 34.» (Art. 31 de la Ley Hipotecaria.)

«Las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta ley.» «Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro...» (Artículo 37 de la Ley Hipotecaria.)

«En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero, a título oneroso de buena fe, durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.» (Art. 40, último párrafo, de la Ley Hipotecaria.)

«La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido del Registro.» (Artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil.)

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria contempla el supuesto de nulidad o resolución por causa proveniente del título. El artículo 31, la nulidad o inexactitud por causa proveniente del Registro.

En el Reglamento del Registro Mercantil falta un precepto similar al artículo 31 de la Ley Hipotecaria, que, por otra parte, tampoco es necesario, porque dada la amplitud con que se expresa el artículo 3, párrafo 2.º, de ese Reglamento, encuentran cobijo dentro de él los dos tipos de nulidad o inexactitud: la debida al título y la debida a la inscripción.

El principio de fe pública protege al tercero que adquiere sobre la base de una inexactitud registral. El Registro es inexacto cuando falta a la verdad y cuando no contiene toda la verdad. En el primer caso, su contenido no es verdadero. En el segundo, no es íntegro. La fe pública plena exige ambas dimensiones. No es bastante, en efecto, poner al tercer adquirente a cubierto de la nulidad o inexactitud del asiento sobre cuya base adquirió su derecho, sino también de las posibles limitaciones, cargas o gravámenes no inscritos.

Sin embargo, el tenor literal del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo protege al tercer adquirente contra la inexactitud en sentido estricto,

consistente en la nulidad o falta de verdad, pero no contra la integridad o falta de toda la verdad, como en los casos de rescisión, revocación y supuestos análogos originados por razón de causas no inscritas. La Exposición de Motivos y los artículos 37, 13 y 40, letras *a)* y *b)*, de la Ley Hipotecaria se han encargado de extender la protección a todo el ámbito de la integridad: la Exposición de Motivos, al pronunciarse por una fe pública integral; el artículo 37, al extender la doctrina de la integridad a las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias; el artículo 13, al exigir, para que las cargas o limitaciones del dominio o de los derechos reales surtan efecto contra tercero, que consten en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan, de lo cual se infiere que si no constan en ningún folio no perjudicarán a tercero, y el artículo 40, en sus letras *a)* y *b)*, al configurar como casos de inexactitud la falta de integridad, consistente en no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria.

En el Derecho registral mercantil falta, en cambio, un precepto que, a semejanza del artículo 40, letras *a)* y *b)*, considere como supuestos de inexactitud sujetos a rectificación los de falta de integridad recogidos en dichos preceptos legales. Probablemente ha influido esa omisión en que sea dominante en la doctrina el punto de vista que sigue considerando la falta de integridad como patrimonio del principio de publicidad material negativa, y no del principio de fe pública (*vid.* la referencia 10.5.7.3, letra E).

B) *Fundamento jurídico*

El principio de fe pública registral se funda en los de legitimación y de publicidad material positiva.

Se funda, en efecto, en la confianza que presumiblemente ha suscitado en el tercer adquirente el conocimiento de la apariencia jurídica de un asiento registral o de su ausencia. Hay que distinguir la apariencia de su conocimiento. La apariencia jurídica de un asiento que se presume verdadero, íntegro y válido, y de unos derechos que se presumen existentes y pertenecientes a su titular en los términos del asiento, se funda en el principio de legitimación. La presunción de conocimiento de ese asiento y de esos derechos se funda en el principio de publicidad material positiva (10.5.7.4, letras B y F, y 10.5.7.3, letras C y D).

En la misma filosofía que fundamenta la protección dispensada por el principio de presentación notarial en relación con un título ostensible (10.5.7.3, letra J, y 10.5.7.4, letra C). En ambos casos, se protege a quien adquiere confiado en una apariencia. La del título ostensible presentado

al tercero notarial en la Notaría, y la del asiento legitimante existente en el Registro. Y si las presunciones documentales de exactitud e integridad parcial no actúan respecto de tercero cuando —como en el caso del artículo 172 del Reglamento Notarial— no se le exhibe el título ostensible, tampoco actúa el principio de fe pública cuando —como en las inmatriculaciones— falta el asiento anterior legitimante.

Es de notar que la protección de las apariencias jurídicas no se circunscribe a los dos casos citados, sino que, sin salir de la materia relacionada con este estudio, se extiende a espacios más amplios, como, por ejemplo, a los contratos celebrados por los factores puestos al frente de un establecimiento o Empresa fabril o comercial (art. 286 del Código de Comercio), y a los otorgados por los Administradores de una Sociedad Anónima dentro del giro o tráfico de la Empresa (art. 76, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

C) *Requisitos*

Con los requisitos exigidos en los preceptos legales mencionados al principio de este capítulo (10.5.7.5, letra A) pueden formarse dos grupos, incluyendo en el primero aquellos requisitos que son comunes al Registro Mercantil y al de la Propiedad, y en el segundo, los especiales de este último Registro.

a) En el primer grupo se comprenden los requisitos siguientes: 1.º Que un tercero adquiriera determinados derechos, publicados como existentes y pertenecientes a su titular, y el asiento en que constan, publicado como exacto, íntegro y válido. 2.º Que el contenido de los libros del Registro esté en desacuerdo con la realidad jurídica extrarregistral. 3.º Que el tercer adquirente lo sea de buena fe.

b) En el segundo grupo se incluyen, además de los requisitos mencionados, los dos siguientes: 1.º Que el tercer adquirente haya adquirido a título oneroso. 2.º Que haya inscrito su adquisición.

Examinemos a continuación los requisitos mencionados:

a) *Requisitos comunes al Registro Mercantil y al de la Propiedad*

1.º *Un asiento base o legitimante.*—El fundamento jurídico del principio de fe pública se halla, como decíamos antes, en la existencia de una apariencia registral. En base a esta apariencia se monta la confianza del tercer adquirente, única *ratio legis* de la protección dispensada por la ley. Los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil son terminantes al respecto, exigiendo,

respectivamente, que «el tercero adquiriera el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo», y que el derecho se haya adquirido «conforme al contenido del Registro». En este sentido, y por lo que respecta al Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo tiene declarado de antiguo que no se puede favorecer a quien no invoca algún título anterior inscrito en relación con el que se discuta y que la existencia del tercer adquirente supone siempre una segunda transmisión (Sentencias de 27 de octubre de 1900 y de 26 de junio de 1901), doctrina de general aplicación la del primer pronunciamiento y derivada de los particulares supuestos de hecho que concurrieron en el segundo, ya que sólo una transmisión es necesaria: la realizada a favor del tercer adquirente. El asiento legitimante no tiene por qué haberse originado por una transmisión, porque puede derivarse de títulos declarativos o de reconocimiento, modificación o extinción.

Es de notar, sin embargo, que el asiento legitimante sólo proporciona al tercer adquirente confianza en su exactitud, pero no en su integridad, ya que su referencia a las cargas y gravámenes es meramente indicativa. La confianza en la integridad, se la depara al tercer adquirente el historial de la finca en su conjunto, en el que constan las cargas y gravámenes del derecho transmitido.

Con mayor razón, en el Derecho de Sociedades no tiene por qué ser de transmisión el asiento legitimante, ya que, dentro de su área, los negocios jurídicos de transmisión están en minoría.

La exigencia de un asiento previo para la actuación del principio de fe pública excluye su aplicación a las inscripciones primeras, mediante las que se abre el historial de la finca en el Registro de la Propiedad, y de la Sociedad en el Registro Mercantil. En tales supuestos falta el asiento anterior legitimante, sobre cuya apariencia adquiere el tercero, y la posibilidad de asientos anteriores, de cuya ausencia se derive la falta de integridad. Lo cual, como es obvio, no obsta para que las inscripciones primeras puedan actuar como inscripciones legitimantes respecto de las adquisiciones posteriores. La protección del tercer adquirente en las inscripciones primeras o de inmatriculación, se realiza a través del principio de publicidad, que a consecuencia de no ser aplicable el de fe pública, no ha podido ser absorbido por éste (10.5.7.3, letra E, hacia el principio).

2.º *La disconformidad entre el contenido de los libros del Registro y la realidad jurídica extrarregistral.*—Son los casos de falta de exactitud o de integridad.

Por lo que hace referencia al Registro de la Propiedad, el artículo 40 de la Ley Hipotecaria enumera cuatro casos de rectificación del «asiento

inexacto», entendiendo el vocablo en su sentido lato, comprensivo de la falta de exactitud *strictu sensu* y de la falta de integridad. Tales casos, en gran síntesis, son los siguientes: *a)* Cuando no haya tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria. *b)* Cuando se haya extinguido algún derecho inscrito o anotado sin haberse practicado la correspondiente cancelación. *c)* Cuando la inexactitud tuviere lugar por nulidad o error de algún asiento. *d)* Cuando procediere de falta, nulidad o defecto del título o de cualquier otra causa no especificada anteriormente. La inexactitud registral, en suma, puede tener su origen en circunstancias que afecten al título (casos *a)*, *b)* y *d)*) o a la inscripción (caso *c)*). La inexactitud procedente del título puede consistir, a su vez, en que éste no haya sido presentado en el Registro para su inscripción (casos *a)* y *b)*) o en que sea falso, nulo o adolezca de algún defecto (caso *d)*). En ningún caso, la rectificación del asiento perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe, sobre la base del asiento inexacto y antes de la rectificación (el mismo art. 40 en su último párrafo).

Dentro de la letra *d)* se comprenden los casos en que la titularidad del transferente resulte inexistente, nula, anulada, resuelta, rescindida, revocada y, en general, ineficaz.

Después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953, no cabe excluir tajantemente a las circunstancias de hecho de la protección del principio, porque, como declara la sentencia, «lo que diga el asiento, tanto referente a situación jurídica como a situación de la finca, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud».

En el Registro Mercantil es perceptible cierto paralelismo con el Registro de la Propiedad, en cuanto a los supuestos de inexactitud. Pero existen diferencias ostensibles: *a')* En el Registro de la Propiedad, la inexactitud se produce en relación a transmisiones del dominio o de derechos reales sobre inmuebles. En el Registro Mercantil, por lo que respecta al libro de Sociedades, no se inscriben transmisiones de bienes y menos de inmuebles o derechos reales. *b')* En el Registro de la Propiedad, los cuatro casos de inexactitud recogidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria se enmarcan dentro del principio de fe pública, mientras que en el Registro Mercantil, los que tienen su origen en la falta de una inscripción o cancelación parece que deben incluirse dentro del principio de publicidad (*vid.* referencia 10.5.7.3, letra E). Lo cual es así, entre otras razones, por faltar en el Derecho registral mercantil un precepto semejante al artículo 40 de la Ley Hipotecaria que configure tales supuestos como casos de inexactitud. Tampoco hace falta, por otra parte, la protección del principio de fe pública, porque en tales casos, el prin-

cipio de publicidad negativa, conforme al cual los actos o contratos no inscritos no perjudicarán a tercero, ya cubre el objetivo del principio de fe pública con menos requisitos.

Excluidos del principio de fe pública en el Registro Mercantil los supuestos de falta de inscripción, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ los limita a los tres siguientes: *a'*) Casos en que la situación inscrita lleva en sí un germen de destrucción que no consta en el Registro: se trata de actos anulables, rescindibles, sujetos a condición resolutoria o plazo extintivo. *b'*) Casos en que la inscripción se practica sin que en la realidad se haya producido la modificación jurídica que habría de justificar la inscripción: se trata de actos nulos o inexistentes o de actos absolutamente ineficaces (v.gr., falta de legitimación para actuar). *c'*) Casos en que la inscripción no es adecuada al acto inscribible, bien porque la misma inscripción sea nula, bien porque su contenido no refleje el de dicho acto.

El principio de fe pública en el Registro Mercantil tampoco se circunscribe al supuesto de nulidad, sino que se extiende a todos los supuestos de ineficacia por causas no inscritas. Ampara los casos en que la titularidad de los derechos o facultades personales inscritas sea inexistente, nula, anulada, resuelta, rescindida o revocada (*vid. letra c*), dentro de la letra E de este mismo capítulo 10.5.7.5).

3.º *La buena fe del tercer adquirente.*—Es conveniente distinguir de entrada entre el conocimiento del asiento y el conocimiento de su inexactitud. El principio de fe pública contempla ambos conocimientos. La presencia del primero constituye el fundamento del principio. La ausencia del segundo, uno de sus requisitos. Lo que en este epígrafe interesa es el desconocimiento por el tercero de la inexactitud registral, ya que su conocimiento supone mala fe.

Obviamente, el conocimiento o desconocimiento de la inexactitud registral que cuenta es el que se tiene en el momento de la adquisición, no el posterior.

A través de este requisito, se sigue manifestando el paralelismo entre los principios de presentación documental y de fe pública registral. El primero, en el supuesto del artículo 1.219 del Código Civil, exige para que el tercero notarial no sea perjudicado por las escrituras modificativas no reseñadas en el título ostensible, que desconozca su existencia (*vid. 10.5.7.4, letra C, hacia la mitad*), lo cual, en definitiva, es un caso de desconocimiento de la inexactitud del propio título ostensible, porque es inexacto, por falta de integridad, el título ostensible que no las reseñe a todas. El segundo exige que el tercer adquirente desconozca la inexactitud del asiento base o legitimante o la falta de integridad de los folios referentes a la finca o Sociedad, por no reflejar todas las limitaciones,

cargas o gravámenes existentes en la realidad extrarregistral. La diferencia entre ambos supuestos estriba en que el desconocimiento exigido se refiere, en el principio de presentación, sólo a las escrituras posteriores a la escritura ostensible, porque las anteriores perjudican siempre al tercero notarial, las conozca o no, y en el principio de fe pública, se refiere a los documentos públicos no inscritos anteriores y posteriores al asiento base o legitimante, porque todos ellos perjudican al tercer adquirente si los conoce.

b) *Requisitos especiales del principio de fe pública en el Registro de la Propiedad*

Son los dos siguientes: 1.º Que el tercero adquiriera a título oneroso. 2.º Que inscriba su adquisición.

1.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 1.º, exige que la adquisición sea a título oneroso, y en su párrafo 3.º excluye a los adquirentes a título gratuito.

Existe una fricción entre la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico. El principio de fe pública lesiona, ciertamente, la seguridad jurídica de aquellos titulares no inscritos a quienes despoja de su derecho, pero lo hace con la finalidad de fomentar el tráfico, que sólo dotándolo de seguridad se estimula. Pero no debe llevar su acción protectora más allá de donde lo reclama aquella finalidad. No hay razón, en efecto, para sacrificar la seguridad jurídica a la seguridad del tráfico en aquellas transmisiones que no necesitan de estímulos, como las realizadas a título gratuito. En las transmisiones *mortis causa*, el hecho determinante —la muerte— no depende normalmente de la voluntad y, además, al igual que en las donaciones, al no existir contraprestación, el tráfico queda reducido a la mitad. Aparte de que el conjunto formado por el asiento legitimante y la declaración de su ineficacia no arroja un saldo de pérdidas, sino sólo de ausencia de ganancias. De aquí que se excluyan de la acción protectora del principio de fe pública las adquisiciones por herencia, legado y donación.

En el Registro Mercantil, en cambio, la onerosidad de la adquisición no constituye un requisito del principio de fe pública, ya que no es exigida en el artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil ni en ningún otro precepto. Sería, no obstante, absurdo que se pudiera producir el perjuicio que el principio conlleva, en beneficio de los adquirentes a título gratuito. Más razonable parece entender que la protección a tales adquirentes es sólo provisional y que tiene su contrapeso en la acción de

enriquecimiento sin causa, puesta por la ley a disposición del perjudicado para restablecer el equilibrio.

2.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria impone otro requisito: que el tercer adquirente inscriba su adquisición. «Una vez que haya inscrito su derecho», reza el tenor literal del precepto. Es un requisito de cumplimiento tardío, posterior a los demás requisitos, y su finalidad no es otra que la de fomentar la inscripción. El sistema sólo protege a quien se acoge a él, no a quien lo rechaza.

En el Registro Mercantil, en cambio, no es exigida la inscripción a favor del tercer adquirente. En este sentido, el artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil omite ese requisito. La razón se encuentra en que el legislador pretende extender la protección del principio a derechos no susceptibles de inscripción. Exigir la inscripción en el Registro Mercantil provocaría una merma considerable en el ámbito de aplicación del principio, sin que ninguna razón lo demande.

Cabe, por lo demás, que el asiento base o legitimante se encuentre en el Registro Mercantil, y la inscripción a favor del tercer adquirente en el Registro de la Propiedad. En tal caso, el principio se aplicaría a caballo entre ambos Registros. Un ejemplo de este planteamiento puede ser el de adquisición de inmuebles o derechos reales de la Sociedad por un tercero o de un tercero por la Sociedad, realizada sobre la base de la inscripción en el Registro Mercantil de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva o Apoderados que actúen en nombre de la Sociedad, como órganos sociales o en uso de poderes, en cuyos supuestos la inscripción legitimante se encontrará en el Registro Mercantil, y la inscripción a favor del tercer adquirente, exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se encontrará en el Registro de la Propiedad.

De lo que llevamos expuesto se infiere que el Registro Mercantil es menos exigente que el de la Propiedad, en cuanto a los requisitos del principio de fe pública, y, sin embargo, es forzoso reconocer que en el libro de Sociedades del Registro Mercantil, debido a su menor oponibilidad, el principio tiene menos aplicación.

D) *Efectos*

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispone que el tercer adquirente «será mantenido en su adquisición». El artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, preceptúa que «no se perjudicarán los derechos adquiridos por el tercero». La diferencia está inspirada en la distinta naturaleza de los derechos en juego: derechos reales en el Registro de la Propiedad y personales en el Registro Mercantil.

Entre los principios de legitimación y de fe pública son perceptibles las siguientes diferencias, ya destacadas al estudiar el primero de dichos principios (10.5.7.4, letras F, a), al principio), consistentes básicamente en que los efectos del principio de legitimación son más amplios que los del principio de fe pública, pero, en cambio, los de este último principio son más consistentes. Y esto es así porque el principio de legitimación se aplica a las partes y a los terceros, y el de fe pública sólo se aplica a los terceros, y porque los efectos del principio de legitimación son sólo provisionales, y los del principio de fe pública son definitivos. Los primeros actúan sólo *prima facie*, porque la presunción que les apoya es *juris tantum*, y cesa en el mismo momento en que se declare su inexactitud, aunque respecto de tercero no cese hasta que se inscriba esta declaración (10.5.7.4, letras F, a), hacia el principio). Los efectos del principio de fe pública, en cambio, perduran aun después de probarse la carencia de exactitud o validez de los asientos sobre cuya base contrató el tercero, porque la presunción *juris tantum* sentada por el principio de legitimación de que el contenido del Registro es exacto, íntegro y válido, y de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular, se convierte, en beneficio del tercer adquirente, en una presunción *juris et de jure*.

Entre los principios de fe pública y de publicidad negativa son asimismo perceptibles determinadas diferencias. El principio de fe pública rige los supuestos de falta de exactitud *strictu sensu* y de falta de integridad. El principio de publicidad negativa, sólo el de falta de integridad. En la delimitación entre ambos principios, pensamos que deben adjudicarse todos los supuestos de inexactitud en sentido estricto al principio de fe pública, tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil. En los casos de falta de integridad es necesario, en cambio, distinguir entre uno y otro Registro. En la referencia 10.5.7.3, letra E, a la que nos remitimos, atribuyamos: en el Registro de la Propiedad, al principio de publicidad, la falta de integridad en las inmatriculaciones, y al principio de fe pública, la falta de integridad en los demás casos, y en el Registro Mercantil, al principio de publicidad, todos los supuestos de falta de integridad. El tema no constituye una mera elucubración doctrinal, ya que su importancia práctica es evidente, porque el principio de fe pública exige imprescindiblemente la buena fe del tercer adquirente, mientras que la necesidad de este requisito es harto dudosa en el principio de publicidad. En la referencia, letra F, 10.5.7.3 nos inclinábamos por la necesidad de la buena fe en el principio de publicidad negativa en el Registro de la Propiedad (en las inmatriculaciones) y por no ser necesaria dentro del Registro Mercantil.

Otras diferencias entre ambos principios se centran en el concepto del tercero. El concepto de tercero en relación con el principio de publicidad,

se elabora en el Registro de la Propiedad sobre la base de que existan dos relaciones jurídicas, ambas inscribibles, de las cuales se inscriba una —o hablando con más precisión, se inmatricule—, y en el Registro Mercantil se construye sobre la base de que exista una relación jurídica inscribible, dependiendo los efectos del principio de publicidad de que se inscriba o no se inscriba (10.5.7.3, letra G).

En el principio de fe pública, en cambio, el concepto de tercero se monta sobre la base de una sola relación jurídica inscribible e inscrita, y de que esta inscripción resulte inexacta (inexactitud en sentido estricto) o de que existan en la realidad extrarregistral determinadas cargas, gravámenes, condiciones o limitaciones inscribibles y no inscritas (inexactitud por falta de integridad). Aparte, también cuentan los demás requisitos: que el tercero haya adquirido sobre la base de la inscripción legitimante declarada después inexacta o de la inexistencia de las cargas, gravámenes, condiciones o limitaciones no inscritas; que haya adquirido de buena fe y en el Registro de la Propiedad, además, a título oneroso, y que haya inscrito su adquisición.

Por lo demás, las otras dos notas características del concepto de tercero, a efectos del principio de publicidad —no ser parte ni heredero de las partes y entrar en contacto con una relación jurídica inscribible (10.5.7.3, letra G)—, son aplicables al tercer adquirente del principio de fe pública.

E) *Aplicación del principio de fe pública a los distintos supuestos de nuestro estudio*

Hasta aquí, la consideración del principio de fe pública registral ha versado sobre generalidades. Vamos a estudiar ahora la aplicación del principio a los distintos supuestos que son materia de nuestro estudio, considerándolos preferentemente en su aspecto práctico, mediante la exposición de algunos ejemplos.

Nos ocuparemos de los siguientes supuestos: *a)* Adquisiciones de inmuebles o derechos reales realizadas por la Sociedad, por mediación de los Gestores, en la fase de Sociedad Anónima en creación. *b)* Aportaciones sociales de inmuebles o derechos reales verificadas por los fundadores en el acto de constitución de la Sociedad. *c)* Efectos de la nulidad o inexactitud de la constitución de la Sociedad Anónima respecto de los terceros que hayan contratado con ella. *d)* Efectos de la nulidad o inexactitud del nombramiento y facultades inscritos de los Administradores, Gerentes, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva y Apoderados, respecto de los terceros que contrataron sobre la apariencia de estas inscripciones.

a) El principio de fe pública, en el Registro de la Propiedad, significa que si la persona que contrató con el Gestor, en la fase de Sociedad Anónima en creación, tiene inscrito a su nombre la finca o el derecho real que transmite a título oneroso a la Sociedad (como en el caso de venta), y ésta, a su vez, inscribe la compra, esta inscripción es inatacable, aunque el vendedor no sea en realidad el dueño, siempre que la Sociedad desconozca este extremo (art. 1.473, párr. 2.º, del Código Civil).

En el mismo orden de cosas, el principio de fe pública significa también que si la finca o derecho real transmitidos a la Sociedad en creación, por medio del Gestor, tiene cargas no inscritas, la Sociedad que inscriba la adquisición onerosa ignorando que existan, adquiera sin cargas. En ambos casos ese desconocimiento o ignorancia, constitutivo de la buena fe, tiene que producirse en el órgano social que concurre en representación de la Sociedad.

Cabe asimismo contemplar el caso inverso, prestando atención a que si antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de compra otorgado por el Gestor en nombre de la Sociedad, surge la figura de un tercero que inscribe la misma finca o derecho real habiéndolos adquirido a título oneroso y con buena fe de la persona que vendió a la Sociedad o de otro titular registral, la adquisición a favor de dicho tercero será inatacable, con el consiguiente perjuicio para la Sociedad o para el Gestor.

Paralelamente, si antes de la inscripción de la finca o derecho real a nombre de la Sociedad, el titular de los mismos constituye un derecho real a favor de una tercera persona, a título oneroso, sobre la misma finca o derecho real vendidos a la Sociedad, y el adquirente de dicho derecho real, procediendo de buena fe, lo inscribe en el Registro de la Propiedad antes que la Sociedad inscriba su compra, la adquisición de aquel tercer adquirente será inatacable, y la Sociedad adquirirá la finca o derecho real comprados con la carga.

Los dos últimos ejemplos están montados sobre supuestos de mala fe en la persona que contrató con el Gestor, quien después de haber vendido a la Sociedad una finca o derecho real, los vende por segunda vez a otra persona o constituye sobre los mismos un derecho real. No obstante, aun sin mala fe de la persona que siendo titular registral contrató con el Gestor, puede ocurrir que éste o la Sociedad sean perjudicados por aplicación del principio de fe pública. Nos referimos al supuesto de que antes de la ratificación del contrato por la Sociedad, sea anotado a favor de algún acreedor el embargo de los bienes vendidos por deudas de su titular, en cuyo caso la Sociedad adquiriría los bienes comprados con la carga del embargo (art. 44 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 42, núms. 2 y 3, de la misma Ley y con el art. 1.923, núm. 4, del

Código Civil). En tal supuesto, la anotación de embargo actúa a la manera de una hipoteca, pero con la importante diferencia de que el rango se mide en ésta por la fecha de las inscripciones en colisión, y en el embargo, se mide, de una parte, por la fecha de la anotación, y de otra, por la fecha de los actos o contratos posteriores (v. gr., la ratificación), prescindiendo de la fecha de su inscripción en el caso de que se hubieran inscrito.

De lo que antecede se infiere que el principio de fe pública entraña un riesgo para la Sociedad y para el Gestor, riesgo acrecentado por el dilatado tiempo que puede transcurrir entre la estipulación del contrato otorgado por el Gestor actuando en nombre de la Sociedad en creación y el tercero, y su ratificación e inscripción.

Un medio para marginar este peligro podría consistir, a pesar de sus inconvenientes, en la estipulación por el Gestor, en su propio nombre, de un contrato de opción de compra con el titular registral, que podría ser con arrendamiento y debería ser, para su eficacia al respecto, con pacto de poder ceder la opción, cesión que realizaría después el Gestor a favor de la Sociedad.

En el artículo 14 del Reglamento Hipotecario se contienen los requisitos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de opción de compra.

La opción de compra no produce, ciertamente, el cierre del Registro, pero sirve de fundamento a una acción revocatoria contra los adquirentes posteriores. El dueño puede, pues, vender o transmitir por cualquier título la finca o derecho real sujetos a opción de compra, pero la transmisión queda sujeta a revocación.

b) Cabe que las aportaciones sociales de los fundadores se pongan en relación con el principio de fe pública, y cabe, asimismo, aducir al respecto ejemplos semejantes a los anteriores. En el supuesto que estudiamos, la Sociedad corre un riesgo parecido, ya que se expone a que el socio fundador, aportante a la Sociedad en el acto fundacional de bienes inmuebles o derechos reales, inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, los transmita o grave, a título oneroso, a favor de un tercero de buena fe, que los inscriba a su nombre antes que la Sociedad. Pero el riesgo que en este caso corre la Sociedad es de menor duración, ya que sólo comprende el tiempo que transcurra entre la escritura de constitución y su inscripción en el Registro de la Propiedad, previa inscripción en el Registro Mercantil, y aún parece que con la inscripción en este último Registro se cierra el período de riesgo, porque la constancia y descripción de las aportaciones en la inscripción de constitución de la Sociedad, practicada en el Registro Mercantil, al presumirse conocida de todos, por el principio de publicidad material positiva (art. 2, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil), se presume conocida de quien

sea tercer adquirente en el Registro de la Propiedad, y al destruir su buena fe, le priva de la protección del principio de fe pública. Mientras que en las adquisiciones onerosas realizadas por la Sociedad, por mediación del Gestor, el período de riesgo alcanza a todo el tiempo que transcurra desde la estipulación del contrato entre el Gestor y el tercero, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad, acompañado de la escritura de ratificación, que sólo puede otorgarse después que la Sociedad sea inscrita en el Registro Mercantil (art. 7, párr. 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas).

Si el contrato estipulado con los terceros por los Gestores de la Sociedad Anónima en creación o las aportaciones sociales de los fundadores tienen por objeto bienes muebles, no entrará en juego, como es obvio, el principio de fe pública registral inmobiliaria. Las cuestiones que se planteen se regirán por las disposiciones del título V, libro II, del Código Civil, y principalmente por los artículos 448 y 464.

c) La introducción del principio de fe pública en nuestro Derecho registral mercantil ofrece una salida al problema de la nulidad en la constitución de la Sociedad Anónima.

La Sociedad Anónima se constituye para realizar operaciones dentro de su objeto social. Sin operaciones sociales no hay beneficios y la Sociedad Anónima se constituye para obtenerlos, ya que persigue un fin de lucro. Las operaciones sociales se contienen en los contratos que la Sociedad celebra con terceras personas, las cuales contratan confiadas en la validez de la constitución de la Sociedad, ya que una Sociedad nula no podía haberse inscrito. La nulidad de la constitución de la Sociedad Anónima produce sus efectos *ex tunc* y, por consiguiente, de producirse este supuesto, los terceros no podrían proceder contra los bienes sociales. El planteamiento se produce, pues, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1.ª Una Sociedad Anónima inscrita en el Registro Mercantil. 2.ª Un vicio de nulidad en su constitución. 3.ª Uno o varios contratos, estipulados por la Sociedad, con terceros de buena fe.

Los mecanismos de protección que ofrece el Derecho sustantivo son insuficientes. Sólo el principio de fe pública asegura la indemnidad de los terceros. Y respecto de la Sociedad Anónima, son terceros, conforme al artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil, las personas que, siendo ajenas a la constitución de la Sociedad, contratan con ella, interpretación recogida por la jurisprudencia.

La nulidad de la Sociedad Anónima inscrita sólo puede producirse a consecuencia de la carencia, en nuestro Derecho, de efectos sanatorios de la inscripción, carencia consagrada en el artículo 3, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil, al disponer que: «La inscripción no convalida los actos o contratos nulos según la ley». Si la inscripción sa-

nara los vicios de los títulos, sería inatacable por nulidad o ineficacia de éstos, y sólo podría ser impugnada por vicios de la propia inscripción o por causas inscritas.

La nulidad de la Sociedad Anónima es, por lo demás, un supuesto insólito, pero, obviamente, no es un imposible metafísico. La Sociedad Anónima necesita, en efecto, para su constitución de dos requisitos: la escritura pública y la inscripción. La escritura no es autorizada sin previa calificación por el Notario (art. 145 del Reglamento Notarial), y la inscripción no se practica sino después de la calificación por el Registrador Mercantil (art. 5 del Reglamento del Registro Mercantil). Existe, por consiguiente, un doble filtro que asegura la validez de la inscripción.

El problema no queda circunscrito, por otra parte, al supuesto de nulidad, sino que se extiende a los demás supuestos de ineficacia.

Nulidad e ineficacia pueden representarse gráficamente por dos círculos concéntricos, en los que la ineficacia es el de mayor radio.

Ineficacia es, según PUIG PEÑA, la carencia de efectos de un negocio jurídico.

La ineficacia puede provenir de disconformidad con la ley o de la voluntad expresa o tácita de las partes.

A su vez, la ineficacia producida por disconformidad con la ley puede provenir:

- 1.º De la falta de algún elemento esencial (inexistencia).
- 2.º De la celebración del contrato violando una prohibición o mandato legal (nulidad de pleno derecho).
- 3.º De la existencia de un vicio o defecto del contrato (nulidad relativa o anulabilidad).
- 4.º De la lesión o perjuicio a los contratantes o a un tercero (rescisión).

Y la ineficacia producida por la voluntad puede provenir:

- 1.º De la voluntad expresa (condición resolutoria).
- 2.º De la voluntad tácita (por inejecución de una de las partes).

A la inexistencia se refiere el artículo 1.261 del Código Civil (falta de consentimiento, objeto o causa lícita).

A la nulidad de pleno derecho, los artículos 4 y 1.255 del Código Civil (contratos o pactos contrarios a la ley, a la moral o al orden público).

A la anulabilidad, el artículo 1.300 (error, dolo, intimidación y violencia).

A la rescisión, los artículos 1.290 y 1.291 (lesión en la que se incluye el fraude de acreedores y los contratos referentes a cosas litigiosas).

A la resolución por voluntad expresa, el artículo 1.113 (condición resolutoria pactada).

Y a la resolución por voluntad tácita, el artículo 1.124 del Código Civil (incumplimiento por alguna de las partes).

Sin embargo, no todos los supuestos de ineficacia, lo son de ineficacia total, ya que algunos pueden afectar sólo a las adhesiones singulares.

Los primeros fundamentan directamente y por sí mismos la aplicación del principio de fe pública. Los segundos sólo indirectamente, cuando por quedar reducidas a menos de tres el número de adhesiones singulares eficaces, se infrinja el artículo 10 (párr. 1.º) de la Ley de Sociedades Anónimas, a cuyo tenor el número de fundadores no podrá ser inferior a tres.

El precepto merece una consideración especial. El artículo 116 del Código de Comercio exigía sólo que en el contrato de Compañía concurrieran «dos o más personas», requisito que fue modificado, en el sentido expuesto, por la Ley de Sociedades Anónimas. Es de notar, por otra parte, que el artículo 10 de esta ley sólo se refiere al momento de la constitución y no a ningún momento posterior en la vida de la Sociedad. Habla, en efecto, de fundadores y no de socios, con lo cual da a entender que el expresado número de fundadores sólo se exige en el acto fundacional, y que la Sociedad subsiste aun en el caso de concentración posterior de todas las acciones en una sola mano. La Sociedad experimenta, ciertamente, en este supuesto, una transformación radical, ya que se extingue su carácter de ente colectivo, pero la ley no lo configura en el artículo 150, ni siquiera como causa de disolución.

De lo que llevamos expuesto, se infiere que los supuestos de ineficacia total, por vía directa del contrato de constitución de Sociedad Anónima, son los siguientes:

1.º Cuando falta el consentimiento (v. gr., incapacidad) en todos los fundadores.

2.º Cuando falta el objeto cierto del contrato, dotado de los requisitos previstos en los artículos 1.271 a 1.273 del Código Civil.

3.º Cuando el contrato infringe alguna disposición o mandato legal (artículo 4 del Código Civil). Lo cual ocurre si se omite alguno de los requisitos o circunstancias esenciales exigidas en el artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, v.gr., el objeto de la Sociedad, la expresión de quién o quiénes ostentan su representación, la cifra del capital social, etcétera. Lo propio ocurre con los pactos ilícitos (art. 1.255 del Código Civil), por ejemplo, si se pacta un objeto social ilícito, como el contrabando; o que los Administradores sean mancomunados sin constituir Consejo de Administración (art. 73 de la Ley de Sociedades Anónimas,

referencia 10.5.6.2.3, letra B, al principio); o se imponen limitaciones a las facultades representativas del órgano investido de representación dentro del giro o tráfico de la Sociedad (art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, referencia 10.5.6.2.2, núms. 3 y 4). Otro supuesto de violación de un precepto legal es el de que no concurren más que uno o dos fundadores, con infracción del artículo 10 de la ley, al que acabamos de referirnos.

4.º Cuando la nulidad o ineficacia del asiento legitimante o, en general, de los libros del Registro proviene de la actuación del Registrador.

Y la ineficacia total del contrato por vía indirecta, se produce cuando cierto número de adhesiones singulares sean jurídicamente inexistentes por falta de consentimiento (v.gr., incapacidad) o de causa lícita; o estén viciadas de error, dolo, violencia o intimidación; o hayan sido rescindidas o resueltas en virtud de condición resolutoria pactada o derivada del incumplimiento; en tal medida que el número de adhesiones singulares eficaces no llegare a tres.

La falta de causa lícita y la resolución por incumplimiento necesitan de alguna puntualización.

Se ha dicho que la causa del contrato de Sociedad no radica para cada fundador en las prestaciones de los demás fundadores, sino en el lucro que espera obtener dentro de la Sociedad (art. 116 del Código de Comercio). Sería, por lo demás, insólito el caso de un fundador que no persiguiera un fin de lucro al constituir una Sociedad Anónima.

La condición resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código Civil puede afectar a las adhesiones singulares de los fundadores al constituirse la Sociedad, cuando alguno o algunos de los fundadores incumplan las obligaciones asumidas, en cuyo supuesto, los perjudicados podrán optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de las adhesiones singulares incumplidas. Si optan por la resolución, pero subsisten tres o más adhesiones no resueltas ni afectas a otras causas de ineficacia, quedará constituida la Sociedad entre los fundadores cuyas adhesiones sean eficaces. Y si las adhesiones singulares no resueltas ni afectas a otras causas de ineficacia fueren menos de tres, se producirá la ineficacia total del contrato de Sociedad. (Aunque caiga fuera del tema que estudiamos, recordemos que si el perjudicado opta por exigir el cumplimiento y no por la resolución, hay que partir de la base de que el incumplimiento por algún fundador no dispensa de cumplir a los demás. En este sentido, si algún fundador no formalizara las aportaciones prometidas, o parte de las mismas, en la forma estipulada, los demás no pueden escudarse en este incumplimiento para dejar de formalizar debidamente las suyas.)

La doctrina de que habiendo adhesiones ineficaces, cuando las adhe-

siones eficaces lleguen a tres, la Sociedad continúe viviendo en lo externo y sólo se produzca la destrucción de las adhesiones ineficaces en lo interno, tiene su fundamento en que las adhesiones eficaces continúan ligadas entre sí por la comunidad de fin, cuyo vínculo actúa independientemente de aquel que les liga con las adhesiones ineficaces.

Pues bien, sólo en el supuesto de que se produzca la ineficacia total del contrato de Sociedad —ya sea por vía directa, ya indirectamente, a través de la ineficacia de las adhesiones singulares— entrará en acción el principio de fe pública, porque sólo la ineficacia total produce efectos en el orden externo y, por consiguiente, sólo ella puede originar un perjuicio a los terceros adquirentes que fundamente la protección del principio de fe pública (art. 3, párr. 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil).

Ese tratamiento especial de la ineficacia, en el contrato de constitución de la Sociedad Anónima, tiene sus raíces en su carácter plurilateral y no simplemente bilateral, impuesto por el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque debiendo ser tres, como mínimo, el número de fundadores, entre todos ellos se producen haces de relaciones jurídicas. Y esta plurilateralidad impide la actuación normal del Derecho sustantivo, que no contempla este supuesto, sino el de la bilateralidad.

La doctrina tradicional sólo contemplaba un tipo de contratos: los llamados por ASCARELLI contratos de cambio. No debe perderse de vista, sin embargo, que junto a los contratos de cambio, se encuentran los de organización, medio idóneo para la colaboración en un fin común, y que se diferencian de los contratos de cambio por las siguientes notas características: 1.ª Posibilidad de que participen en ellos más de dos partes, adquiriendo todas ellas derechos y asumiendo obligaciones. 2.ª Subsistencia del contrato independientemente del cambio de los sujetos, siendo susceptibles, en consecuencia, de subrogación subjetiva, en el sentido de que nuevos participantes puedan venir a integrarse en la relación contractual. 3.ª Las prestaciones de cada socio se realizan no sólo para satisfacer el interés de los demás, sino también del propio aportante. 4.ª Los contratos de cambio suelen tener un contenido típico, mientras que en los de organización cualquier contenido es bueno, en tanto sea idóneo para alcanzar el fin común. La doctrina extranjera aún añade otra diferencia: la de que en los contratos de cambio las prestaciones suelen tener cierta equivalencia, mientras que en los de organización pueden ser completamente diversas.

La pluraliteralidad y no simple bilateralidad de los contratos de organización, entre los que se encuentra el de Sociedad, constituye el fundamento de que la ineficacia de algunas adhesiones singulares, aunque no de todas, no produzca necesariamente la ineficacia total del contrato

de Sociedad. Los demás caracteres o diferencias, sólo tangencialmente inciden en nuestro estudio.

d) La inscripción del nombramiento y facultades de los Administradores, Consejeros Delegados, Comisión Ejecutiva, Gerentes y Apoderados puede ser nula o inexacta, o, en general, estar afecta a vicio de ineficacia. Y si tal inscripción ha actuado como inscripción legítimamente, estaremos en presencia del esquema característico del principio de fe pública.

Dos son las acepciones que presenta el concepto de legitimación: como requisito y como presunción. Como requisito, para que los Administradores, en cualquiera de sus variantes, los Gerentes y los Apoderados puedan actuar. Y como presunción, de exactitud, integridad y validez de los asientos en que se contienen los nombramientos, y de existencia y pertenencia de las facultades representativas conferidas (10.5.7.4, letra F, b) y c'). El principio de fe pública necesita de la legitimación en ambas acepciones. Sin la legitimación como requisito, los Administradores y demás no podrían contratar con los terceros (art. 5 del Reglamento del Registro Mercantil) y no se podría originar la figura del tercer adquirente. Sin la presunción legitimante de exactitud, integridad, validez, existencia y pertenencia (art. 3, párr. 2.º, del mismo Reglamento) no se originaría la confianza del tercero en los pronunciamientos registrales, fundamento jurídico del principio de fe pública.

La órbita en que se desenvuelve el principio de fe pública, por lo que atañe a los Administradores y Apoderados, es distinta en los derechos reales y en los personales. En el ámbito de los derechos reales, el principio necesita de la colaboración del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad. En el primero, se encontrará la inscripción legitimante. En el segundo, la inscripción a favor del tercer adquirente. Se trata de una fe pública que se realiza a caballo entre ambos Registros. En el ámbito de los derechos personales, el principio de fe pública se desenvuelve, en cambio, íntegramente dentro del Registro Mercantil, al no ser necesaria la inscripción a favor del tercer adquirente, que en el Registro de la Propiedad, por no ser inscribibles los derechos personales, no es siquiera posible. Los requisitos de la fe pública registral quedan, pues, en tal caso, enmarcados totalmente dentro del Registro Mercantil en el que se encontrará la inscripción legitimante (supuesto de inexactitud en sentido estricto) o las limitaciones o condiciones inscribibles y no inscritas (supuesto de falta de integridad). (En la referencia letra C, b), 2.º, de este mismo capítulo se trata ampliamente de la materia.)

JAIME MOREY UMBERT