

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

PUBLICIDAD MATERIAL Y FE  
PÚBLICA EN EL REGISTRO  
MERCANTIL

Tercero mercantil-registral  
y tercero hipotecario

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

Pág.

---

## PARTE PRIMERA

### LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO MERCANTIL

I.	LA «PUBLICIDAD MATERIAL» COMO FUNCIÓN ESPECÍFICA DEL REGISTRO MERCANTIL .....	9
II.	LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL SISTEMA MERCANTIL REGISTRAL ESPAÑOL .....	17
III.	EL FUNDAMENTO DE LA PUBLICIDAD MATERIAL. INSCRIPCIÓN Y APARIENCIA JURÍDICA EXTRA-TABULAR .....	26
IV.	LA REGLA CANÓNICA DE LA «EFICACIA DECLARATIVA» DE LA INSCRIPCIÓN Y SUS EXCEPCIONES .....	34
	1. La inscripción no constituye un requisito de eficacia del negocio jurídico ni tiene carácter convalidante del acto o contrato inscribibles .....	34
	2. La existencia de inscripciones de «mero valor informativo» o de «publicidad noticia» (la mal llamada «publicidad notoria» del art. 198 LC) .....	40
	3. Inscripciones (excepcionalmente) constitutivas y sanatorias .....	43

	Pág.
4. Inscripciones declarativas.....	50
V. INTERPRETACIÓN «MONISTA» Y «DUALISTA» DEL TERCERO MERCANTIL-REGISTRAL .....	52
VI. LA REGLA BÁSICA DE OPONIBILIDAD.....	57
1. Cuestión previa: la tipicidad registral.....	57
2. El juego de la regla básica de la oponibilidad en las distintas fases del procedimiento registral .....	63
3. Revisión crítica de la regla de oponibilidad a la luz del carácter obsoleto del tradicional sistema de «doble publicidad legal»: publicidad registral + publicación.....	68
VII. REQUISITOS (COMUNES) PARA LA TUTELA DEL TERCERO DE BUENA FE EN APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL.....	75
VIII. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE ANTE LA INEXACTITUD DE LA PUBLICIDAD LEGAL POR EL JUEGO DE LA REGLA DE INOPONIBILIDAD/FE PÚBLICA REGISTRAL.....	91
IX. LA REVISIÓN DE LAS REGLAS DE PUBLICIDAD MATERIAL COMO CONSECUENCIA DE LA NECESIDAD DE TENER EN CUENTA LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL .....	103
1. La dimensión internacional de la publicidad registral y la insuficiente armonización del Derecho mercantil registral en el espacio jurídico de la Unión Europea.....	103
2. El abandono de la idea de creación de un registro mercantil europeo por una estrategia de interconexión registral...	109
3. La publicidad material del Registro Mercantil bajo el régimen jurídico del sistema de interconexión europea de la Directiva 2012/17/UE.....	115

## PARTE SEGUNDA

### **EL TERCERO MERCANTIL REGISTRAL Y EL TERCERO HIPOTECARIO**

I. LA TUTELA DEL TERCERO MERCANTIL REGISTRAL VS. LA TUTELA DEL TERCERO HIPOTECARIO .....	131
--	-----

	Pág.
II. UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD TRADICIONAL- MENTE DESENTENDIDO DE LA CONEXIÓN CON LOS REGISTROS DE PERSONAS.....	134
1. Introducción .....	134
2. Acreditación de los datos personales relativos al titular registral y posible inexactitud originaria del Registro de la Propiedad en relación con los mismos .....	136
3. La (natural) «inexactitud sobrevenida» del Registro de la Propiedad en lo que hace a la capacidad, representación y estado civil de los titulares registrales .....	142
III. EL JUEGO DE LA «DOBLE LEGITIMACIÓN REGIS- TRAL». SUPUESTOS DE DISCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON LOS HECHOS INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EX ART. 2.4.º LH Y EN EL REGIS- TRO DE PERSONAS (CIVIL Y MERCANTIL) .....	144
IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DESCONEXIÓN ENTRE EL REGISTRO DE PERSONAS (MERCANTIL Y CIVIL) Y EL DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON LAS RESOLUCIONES DE INCAPACIDAD O CONCUR- SO INSCRIBIBLES EN EL REGISTRO DE PROPIEDAD EX ART. 2.4.º LH SEGÚN «LA VULGATA» .....	147
V. EL ADMINISTRADOR DE ANÓNIMA O LIMITADA CON NOMBRAMIENTO NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL ANTE EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. UN APUNTE SOBRE EL CAMBIO DE PARADIGMA EN SEDE DE CALIFICACIÓN.....	154
VI. LA SOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE DESCONEXIÓN. FE PÚBLICA REGISTRAL SEGÚN EL ART. 34 LH Y FE PÚBLICA DEL REGISTRO MER- CANTIL .....	162
1. Taxonomía de los diversos supuestos de desconexión en- tre los registros de personas y de bienes en orden a la tutela del tercer adquirente de buena fe.....	162

ANEXO I

**EL ANACRÓNICO DISEÑO INSTITUCIONAL  
DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL (EN EL REGISTRO  
DE LA PROPIEDAD) DE LAS RESOLUCIONES  
JUDICIALES RELATIVAS A LA CAPACIDAD  
Y PODER DE DISPOSICIÓN**

- |   |     |
|---|-----|
| I. LA DISCUTIBLE JUSTIFICACIÓN ACTUAL DE LAS VENTAJAS PRÁCTICAS QUE REPORTA LA INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES RELATIVAS A LA CAPACIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR EL SISTEMA SINGULAR DEL ART. 2.4.º LH ..... | 179 |
| II. LA DISCUTIBLE EFICACIA SUSTANTIVA DE LOS ASIENTOS «EXTRAVAGANTES» RELATIVOS A LA CAPACIDAD Y PODER DE DISPOSICIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD .....  | 186 |

ANEXO II

**LA JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA Y JURÍDICA  
DE UN DISEÑO EFICIENTE DEL REQUISITO  
DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL ESTADO CIVIL  
EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO  
HIPOTECARIO. EL NUEVO PARADIGMA  
EN RELACIÓN CON LA COORDINACIÓN  
INTERREGISTRAL**

PARTE PRIMERA  
**LA PUBLICIDAD MATERIAL  
DEL REGISTRO MERCANTIL**

## I. LA «PUBLICIDAD MATERIAL» COMO FUNCIÓN ESPECÍFICA DEL REGISTRO MERCANTIL

Convengamos en que tanto los registros públicos de bienes como los registros de personas tienen por objeto la publicidad legal de las «situaciones jurídicas»<sup>1</sup>. La cosa es que el «tercero» de buena fe digno de la correspondiente tutela registral se define de manera distinta según se trate *de registros jurídicos de personas o de bienes*: ya sea un tercero que se coloca frente a una cierta situación jurídico-real que se predica del bien o de la finca inscritos; ya sea un tercero confrontado a la correspondiente situación jurídico-personal típica (inscribible) que es inherente al sujeto inscrito.

i) En el primer caso, estamos ante la publicidad legal de las *situaciones jurídico-reales* relativas a bienes, muebles o inmuebles, inscritos en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles y que se refieren a los titulares registrales inscritos. La doctrina habla entonces de una «oponibilidad ordenadora», en la medida en que la función primaria del sistema registral de bienes es determinar un orden claro, jerarquía, o «preferencia de rango», entre los elementos y titularidades de la misma situación jurídica.

ii) En el segundo caso, se trata de ciertas *situaciones jurídico-personales* referentes al estado civil o al régimen de responsabilidad («*Haftungsregister*») de las personas físicas o jurídicas inmatriculadas en el Registro Civil o en el Registro Mercantil. Los *hechos inscribibles* en estos registros de personas son puros hechos jurídicos, actos

---

<sup>1</sup> Por todos, A. PAU PEDRON, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pp. 47 y ss.

o contratos, que son inherentes al sujeto inscrito y que se vinculan a él de una manera estable o estructural definitoria del «estado civil» (Registro Civil) o que configuran el particular régimen de actuación de su responsabilidad frente a terceros (Registro Mercantil) en el bien entendido que tanto en uno como en otro caso se trata de hechos típicos (principio de tipicidad del hecho inscribible; el juicio de su relevancia jurídica para la seguridad del tráfico compete al legislador: cfr. art. 4 LRC/2011 y art. 22 CCo). Se habla entonces de una «oponibilidad simple» o de una «publicidad no-ordenadora».

Empecemos por indicar que la publicidad legal del Registro Mercantil ha perdido su tradicional función conformadora del estatuto del «comerciante».

*La inscripción de los comerciantes en el Registro Mercantil (inscripción que sucede en la evolución histórica a las viejas matrículas consulares y gremiales), ha tenido en otros tiempos y todavía tiene en otros ordenamientos jurídicos un papel destacable en lo que hace a la prueba e, incluso, a la constitución de la condición de comerciante o empresario*<sup>2</sup>.

El estatuto de «comerciante» o «empresario» está integrado por un conjunto de reglas especiales que otorgan derechos e imponen obligaciones o cargas al que se cualifica como «comerciante». A veces, las normas singulares o propias del estatuto entrañan ciertas desviaciones respecto del régimen común o «civil» de los contratos e, incluso, en algunos casos, llegan a conformarse con tales reglas especiales verdaderos ordenamientos jurídicos sectoriales (como ocurre en materia del deber contable que sólo se predica del ejercicio del comercio, la propia publicidad registral o las viejas normas de quiebra). Antiguamente, se trataba de normas privilegiadas que conllevaban el reconocimiento de un fuero jurisdiccional propio, del que todavía quedan restos en el Derecho francés de la «justicia consular» de los tribunales de comercio.

Así las cosas, la inscripción registral del comerciante en el Registro Mercantil (la vieja «matrícula») puede a la sazón tener un significado declarativo de esa cualidad (en Derecho francés es la regla general) e incluso constitutivo de la condición de comerciante (como son las figuras germánicas del «comerciante por razón de su inscripción» o la del «comerciante por causa de la inscripción voluntaria») (§§ 2 y 3 HGB; «*Kannkaufmann*»).

---

<sup>2</sup> Vid. OLIVENCIA, «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», *RDM*, 1959, pp. 82 y ss.; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La inscripción potestativa del empresario individual en el registro mercantil», en *Libro Homenaje al profesor D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 2089-2102.

Por citar el ejemplo mejor conocido de ordenamiento jurídico con matrícula conformadora del estatuto de comerciante, en Derecho francés el empresario no puede hacer valer frente a tercero de buena fe su condición de «*commerçant*» a menos que figure inscrito en el Registro de Comercio. Al comerciante puede interesarle invocar su condición en ciertos casos: el ejemplo típico que suele citar la doctrina francesa es la sujeción a la normativa especial de «*baux commerciaux*»; también puede interesarle invocar las reglas especiales en materia de libertad probatoria contenidas en el art. L. 110-3 del Code de Commerce o las reglas especiales de contratos mercantiles que presuponen la condición de comerciante, etc. Para ello, para que pueda hacer valer frente a un tercero de buena fe dicha condición, se le exige al comerciante que esté previamente inmatriculado<sup>3</sup>. En cambio, los terceros pueden siempre probar la cualidad de comerciante del no-inmatriculado para aplicar las normas aplicables a éstos en lo que al tercero pueda interesar (CCo art. L. 123-8). Por su parte, el art. L. 8221-6 del Code du travail francés presume que toda persona física inmatriculada en el Registro de Comercio no es trabajador ni está ligado por contrato de trabajo.

Entre nosotros, la cualidad o condición de comerciante se adquiere por el ejercicio habitual del comercio en nombre propio y en los términos previstos en el art. 1 CCo [...] sin que para ello sea necesario cumplir con el tradicional requisito de la previa «inmatriculación» en el Registro Mercantil. No se es «comerciante» porque se esté inscrito en el Registro, sino al revés: precisamente porque se es comerciante se tiene acceso al Registro Mercantil. Como quiera que la inscripción registral del comerciante individual es potestativa, el comerciante no precisará de figurar previamente inmatriculado para hacer valer su condición frente a terceros en lo que le interese y siempre que aporte prueba de su condición. La inscripción como comerciante individual sólo servirá como un medio de prueba más del ejercicio habitual del comercio (la «*assiduitas*») [...] junto a otros existentes («presunciones legales») y con los efectos previstos en el art. 3 CCo (en donde

---

<sup>3</sup> *Vid.*, por todos, M. PÉDAMON y H. KENFACK, *Droit comercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, 3.ª ed., Dalloz, 2011, pp. 169 y ss. La jurisprudencia comercial francesa tiene declarado que la «inmatriculation» del «*commerçant*» en el Registro de Comercio constituye un requisito para el disfrute de las reglas muy favorables del «*bail comercial*». Hasta el punto que el arrendatario no comerciante no puede pretender la renovación de su «*bail*» si no estuviera inscrito o dejara de estarlo, incluso aunque la ausencia de inmatriculación fuere imputable al propio registro: Cass. 3 Civ., 12 de julio de 2000. *Vid.* también Cass. 3 Civ., 7 de noviembre de 2001, y Cass. 3 civ., juil. 2002; JCP E 2002, p. 1967, núm. 1.765, con comentario de Ph.-H. BRAULT.

se mencionan *ad exemplum* los anuncios, carteles, circulares, etc.). Ello no obstante, el comerciante —recordemos que el RRM habla de «empresario individual»— que no está inscrito en el registro no puede beneficiarse de los efectos propios de la inscripción: no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil, ni aprovecharse de sus efectos legales (cfr. art. 19.1 CCo). Así, por ejemplo, el comerciante casado no inscrito no podrá hacer valer frente a terceros los pactos especiales contenidos en capítulos matrimoniales sobre responsabilidad de los bienes comunes o privativos del otro cónyuge por el ejercicio del comercio. El comerciante no inscrito tampoco podrá hacer valer frente a terceros de buena fe las limitaciones impuestas al apoderado en poderes generales o la misma revocación del poder, etc.

Históricamente, la matrícula del comerciante era condición inexcusable de sometimiento del inscrito en los libros gremiales o consulares al estatuto específico de comerciante, a las normas y privilegios inherentes al ordenamiento sectorial correspondiente y de la sujeción de aquél a un ordenamiento procesal propio (los tribunales consulares y luego, los tribunales de comercio)<sup>4</sup>.

La obligatoria inscripción del comerciante en la «matrícula de comerciantes» del Registro Público de Comercio prevista en el Código de Sainz de Andino (arts. 1 y 11 del CCo de 1829) hizo pensar a sus intérpretes en la existencia de una inscripción constitutiva o configuradora del estatuto de comerciante. Con todo, de acuerdo con una interpretación más «liberal» dada por la doctrina del siglo XIX a los preceptos del Código y, sobre todo, con las normas que hubieron de dictarse para eliminar las dudas suscitadas (RO de 29 de octubre de 1838, 16 de mayo de 1846 y 10 de octubre de 1862, y Ley de 30 de julio de 1878) se sentó bajo la vigencia del Código de 1829 el criterio según el cual la inscripción del comerciante en la matrícula no tenía carácter constitutivo<sup>5</sup>.

Publicado el Código de 1885 con la pretensión de eliminar todo resabio de interpretación gremialista, se somete la inscripción del comerciante indi-

---

<sup>4</sup> De interesante lectura sobre la «justicia consular» francesa es el libro publicado por la Conférence Générale des tribunaux de commerce de France, *Cent ans au service de la Justice Consulaire, 1897-1997*, Paris, Hervas, 1997.

<sup>5</sup> Puede verse sobre la evolución histórica en materia de la inmatriculación del comerciante individual: L. FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral*, Colegio de Registradores, 1990, pp. 19 y ss.; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Registro Mercantil español (formación y desarrollo)», en *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, t. V, vol. I, Registro Mercantil, Castalia, Colegio de Registradores, 1991, *passim*. También: C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El Registro Mercantil*, Marcial Pons, 1998, especialmente pp. 47 y ss.

vidual, que se mantiene, al principio de inscripción potestativa<sup>6</sup>. No se quiere que la inscripción potestativa del comerciante individual tenga nada que decir acerca de la condición de comerciante, que se define o se pretende definir «objetivamente» por la realización habitual de actos de comercio (cfr. arts. 1 y 2 CCo). Todo lo más, la inscripción puede quizás valer como «presunción legal de ejercicio habitual de comercio» al amparo de lo que se establece en el art. 3 CCo. Eso sí, existe una «presión indirecta» de la inmatriculación del comerciante en el viejo art. 19 CCo a cuyo tenor: «El comerciante no matriculado no podrá pedir la inscripción de ningún documento, ni aprovechar los efectos legales que ésta causa con arreglo a este Código».

El fin básico del Registro Mercantil se concreta, pues, en lo que ha dado en llamarse «publicidad material» (frente a la «publicidad formal» del Registro): la institución hace posible, para la seguridad abstracta del tráfico empresarial (*vid. infra*), la eficacia *erga omnes* de las situaciones jurídico-personales típicas (las susceptibles de inscripción en la hoja registral) y referentes a empresarios inscribibles.

Para delimitar los efectos de la inscripción sobre el acto inscrito, de su omisión o de la inexactitud de la publicidad legal, el discurso legal y reglamentario echa mano de hasta tres «principios registrales»: el llamado «**principio de legitimación**» (cfr. arts. 20.1 CCo y 7 RRM); el «**principio de fe pública registral**» (arts. 20.2 *in fine* CCo y 8 RRM) y el conocido como «**principio de oponibilidad**» (arts. 21 CCo y 9 RRM). Fuera de la «publicidad material» quedan los «principios registrales» relativos a los presupuestos o requisitos de la inscripción (titulación pública, rogación...) y los que atañen al procedimiento registral (obligatoriedad, calificación, tracto sucesivo, prioridad), y cuyo examen no viene al caso.

De manera paralela al Registro Mercantil, el fin del Registro Civil es la publicidad material de las situaciones jurídico personales típicas relativas a las personas inscritas. La reciente Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, para explicar efectos análogos a los que procura la publicidad material del Registro Mercantil, recurre a la enunciación canónica de la «presunción de exactitud» (art. 16 LRC que se corresponde con lo que en el RM se llama «principio de legitimación»); la «presunción de integridad» (art. 17 LRC que constituiría el «principio de fe pública registral» en el RM) y el «principio de oponibilidad» (del art. 19 LRC; con el mismo nombre en la dogmática del RM).

---

<sup>6</sup> Sigue siendo interesante la lectura de J. M. EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, 1987.