

I.- INTRODUCCIÓN: El presente texto se centra en la regulación propuesta para el Registro mercantil en el anteproyecto de Código mercantil, elaborado por la Comisión de Codificación.

II.- DISEÑO GENERAL: La Propuesta de la CGC (artículos 140-1 a 14) no sólo mantiene el régimen vigente, sino que amplía su competencia, cosa innecesaria, y blinda la llevanza por parte de los registradores, hasta ahora pendiente de un mero precepto reglamentario, apartándose así de los demás registros europeos que no conocen la calificación registral. En particular:

1º.- Vuelve, en algunos puntos, a parámetros jurídicos anteriores a la reforma de 1989, apartándose del resto de RM europeos con claro incumplimiento de la 1ª Directiva.

2º.- Por primera vez en nuestro Derecho se define al RM como *"instrumento de publicidad jurídica"*.

3º.- La asignación de los RM a los registradores en una disposición normativa con rango de ley (hasta ahora, el Cdc se remite a una norma reglamentaria, en su artículo 17.4).

4º.- Atribuye una genérica competencia para la *"gestión de registros públicos, estatales o autonómicos, de personas o entidades no inscribibles en el RM"*.

III.- CONCLUSIONES DE ESTE INFORME:

1ª El presente texto responde al pensamiento de que el Notariado puede contribuir a dinamizar el Registro Mercantil y adecuarlo a las necesidades tanto de los empresarios como del tráfico mediante la asunción de responsabilidades directas.

2ª.- Con los actuales medios tecnológicos carece de sentido que un registro de personas se divida en registros territoriales, lo que conlleva duplicidades con el registro central y entre los propios registros como consecuencia de los cambios de domicilio o en el caso por ejemplo de fusiones entre sociedades de distintos territorios.

3ª.- La creación de una plataforma única central de libre acceso justifica que desaparezca lo que se ha venido denominado tratamiento formal de la publicidad por el registrador.

4ª.- El acceso telemático directo, de entrada y salida ofrece la oportunidad de que los documentos inscribibles se inscriban directamente por el funcionario autorizante con ahorro de costes en tiempo y dinero, sin los problemas derivados de una calificación tardía y las subsanaciones y recursos consiguientes. Y todo ello sin que, como ha quedado en evidencia, se resientan los efectos del Registro, pues el de oponibilidad a terceros, que es el que se busca esencialmente, como resulta de la Primera Directiva, nada tiene que ver con la calificación registral, que en el sentido de la nuestra es desconocida en Europa.

5ª.- Entendemos que el informe presenta una alternativa que facilitaría el acceso al Registro Mercantil por parte de los ciudadanos a través de las tres mil notarias existentes en España como terminales del propio registro, y que ello ha de redundar en el buen funcionamiento del tráfico mercantil, al permitir el acceso inmediato de los actos inscribibles sin merma de garantías ni alteración de los efectos del Registro Mercantil.

6ª.- Se trata de una alternativa de fácil asimilación, sin más reformas que las articuladas en el informe. En cualquier caso, si se estimara que representa un giro demasiado radical sobre el objeto de la propuesta, ante las grandes ventajas de la solución que se ofrece lo procedente sería la suspensión de la entrada en vigor del Título IV a la espera de un debate social que confronte ambas propuestas tanto desde el punto de vista jurídico como económico.

IV.- METODOLOGIA UTILIZADA:

Esto supuesto, el método ha consistido en intercalar en cada artículo las reformas que juzgamos necesarias para conseguir la eliminación de trabas y el consiguiente ahorro en costes y tiempo, de lo que siempre estará necesitado el tráfico mercantil.

V.- PROPUESTA QUE FORMULAMOS:

Primera.- La regulación del Registro Mercantil.

a) Artículo 140.1 Concepto y organización:

En el apartado primero, definición del Registro, se propone la sustitución de la expresión “publicidad jurídica” por “**publicidad legal**”.

Justificación:

El registro es un instrumento de publicidad respecto de datos e indicaciones legalmente determinados. Por el contrario, hablar de “publicidad jurídica” introduce una cierta confusión, ya que la publicidad no admite apellidos, y si se quiere con ello negar que dicho registro sea de naturaleza administrativa, se niega la realidad de los hechos, pues, es sin duda una institución estatal. Pero, además, se evita que el apellido “jurídica” se pueda instrumentar para sortear lo dispuesto en la Primera Directiva en materia de sociedades, en el sentido de limitar el coste de la publicidad formal al estrictamente administrativo, e incrementar su importe so pretexto de que la publicidad que se brinda posee un rango especial –que no tiene- por su condición de jurídica.

En cuanto al apartado segundo, tercero y cuarto, se propone su reducción a un solo apartado, con dos redacciones alternativas:

Primera redacción, neutral, aunque como se verá insatisfactoria: *“2. El Registro Mercantil dependerá del Ministerio de Justicia a quien corresponderá la organización y supervisión del mismo”*

Justificación:

Todo código posee una vocación de permanencia. Optar por el sistema organizativo que propone el artículo presupone negar la posibilidad de que en un futuro, no lejano, se opte por la solución de unir los registros provinciales actualmente existentes en un único registro electrónico, que es la solución más adecuada de cara a la unidad del mercado y en el seno de la actual sociedad

de la información. Mantener el precepto implicaría un obstáculo para el desarrollo de esta opción, que facilitaría enormemente el tráfico jurídico. De hecho, la facilitaría tanto que el Código Mercantil debería ser quien la propusiera:

Segunda redacción que se juzga preferible: “2. *El Registro Mercantil, de naturaleza electrónica, consistirá en un registro único para todo el Estado español. Dependerá del Ministerio de Justicia, a quien corresponderá en todo caso su organización y supervisión*”

Por las razones antedichas esta posibilidad nos parece la más coherente con la unidad del mercado (unidad de acceso y de suministro de la información), así como con la celeridad del tráfico que es un principio cardinal del Derecho Mercantil, como lo es la economía de medios y de costes que comportaría. Evita, además, la duplicidad entre los registros provinciales y el registro central.

b) Artículo 140.2. Sujetos y actos inscribibles:

Se propone la sustitución de “son inscribibles en el Registro mercantil:” por la proposición del actual Código de comercio **“El Registro mercantil tiene por objeto:”**. Se propone también la supresión de los apartados i) j) k) y m)

Justificación:

La conservación de la actual redacción pretende evitar ambigüedades a la hora de delimitar el objeto del Registro mercantil. La Propuesta deja en el aire la cuestión de si la lista de actos inscribibles es cerrada o abierta. Se trata de una laguna que en combinación con la naturaleza potestativa de la inscripción, abanderada en el artículo 140-5, permitiría una ampliación de la materia inscribible más allá de las previsiones legales. Todo código se debe regir por el imperativo de la claridad, sin dar cabida a sutilezas más o menos interesadas.

La supresión del apartado i) “Los entes públicos que ejerzan una actividad empresarial, aunque sea de manera accesoria o instrumental”.

Los entes públicos poseen formas públicas de personificación ajenas a los cometidos propios del Registro Mercantil. No se puede admitir que su actividad empresarial quede condicionada a la inscripción, y menos en los casos en los que sea meramente accidental o accesoria, que es lo que, por otra parte,

ocurrirá siempre, habida cuenta de los fines públicos que justifican su existencia. No cabe oponer que en el sistema propuesto la inscripción es voluntaria, salvo disposición legal, porque los que no son voluntarios son los efectos de la publicidad registral que condicionan la oponibilidad de lo no inscrito respecto de terceros, lo que supone introducir una limitación respecto de la capacidad de actuación de los entes públicos.

La supresión del apartado j) “Las uniones temporales de empresas”.

Actualmente no se encuentran incluidas en la lista tasada del artículo 16 del Código de Comercio. En la práctica se inscriben por el subterfugio de crear los registros un libro sobre tales uniones. La introducción en la Propuesta entraña una legalización del subterfugio, sin ninguna razón sustantiva que lo abone, por cuanto lleva a una multiplicación, completamente innecesaria, de inscripciones interinas o transitorias (tradicionalmente repudiadas en la jurisprudencia hipotecaria), dada la naturaleza temporal de dichas uniones, y sin que pueda justificarse tampoco dicha inscripción por la designación del gerente de la unión, pues estas uniones se conciben para proyectos concretos, lo que presupone que la representación atribuida, no por la unión, sino por las empresas unidas, se proyecta sobre un negocio específico, por lo que dichos poderes son en rigor específicos y no necesitarían inscribirse en la hoja de las empresas concedentes.

La inscripción supone en estos casos un coste superfluo y un freno para la celeridad del tráfico sin que aporte, por lo demás, ninguna garantía adicional. No desvirtúa esta objeción la eventual naturaleza potestativa de la inscripción, por las razones sobre las que insistiremos con ocasión del artículo 140-5.

Supresión del apartado k) “Las demás personas o entidades con o sin personalidad jurídica que establezca la Ley”.

Se trata de una oferta corporativa al legislador, impropia de un Código mercantil.

La supresión del apartado m) “Los actos y contratos que establecen la ley”.

Este apartado fue introducido en el vigente artículo 16 del Código de Comercio por la disposición adicional de la Ley 2/2007 de 15 de marzo. Sin embargo, carece de sentido, pues es redundante que la Ley se remita a obligatoriedad de

la Ley futura como si su carácter vinculante dependiera de la remisión, además de que jurídicamente no es muy presentable.

Por otra parte, el Registro Mercantil es un registro de personas, con la inclusión de esta disposición hace las veces de un anuncio, expresa la vocación del Registro Mercantil de obtener la inscripción de cualesquiera actos o contratos mercantiles, presenta la candidatura de la inscripción como una alternativa formal a otras formas de instrumentación. Y esto, que se cuele por medio de una disposición adicional 4-2 escondida en una Ley es comprensible, pero implicaría un desliz en una Propuesta de Código Mercantil, que de este modo, como se evidencia en los demás apartados cuya supresión se reclama, haría causa, no con el interés general sino con pretensiones corporativas hábilmente encubiertas.

c) Artículo 140-3. Otras funciones.

Se propone su supresión en el apartado primero de la legalización de los libros de los empresariales.

Justificación:

La legalización de los libros se desarrolla actualmente por los registros mercantiles; sin embargo, como reconoce la Propuesta en su antetítulo, no es una función propia del registro, sino una función fedataria, esencialmente notarial. La alternativa que debería incluirse en un artículo específico en lo tocante a los libros de los comerciantes sería su legalización por los notarios, que poseen la fe pública extrajudicial con carácter general. El sistema de legalización notarial comporta, por demás, la importante ventaja de permitir una mejor atención a los empresarios al repartirse entre las tres mil notarías existentes en España, y un ahorro significativo en tiempo y en costes, pues se ahorran los inherentes al desplazamiento.

La alternativa que se postula no es sólo la más respetuosa con la naturaleza de la legalización, sino la más útil para la sociedad. Su mantenimiento en la Propuesta implicaría perpetuar la actual situación, por la que los registradores invaden competencias que no les son propias, y la consagración de una medida, que antepone, en definitiva, los intereses corporativos al interés general, que precisa una mayor facilidad y celeridad en la legalización.

Supresión del apartado segundo y reubicación de la siguiente disposición en un precepto aparte o tal vez, mejor, como un apartado especial del artículo 140-1:

“El Registro Mercantil único asumirá la función de plataforma central con el fin de dar publicidad a los contenidos inscritos y permitir, a su vez, el acceso público para su consulta.”

El precepto, cuya supresión de la Propuesta se solicita, configura como “otra función” del registro la de “centralización, ordenación cronológica y publicación de la información registral (...) por medio de una plataforma electrónica”. La plataforma electrónica se presenta como una estructura extrínseca, cuya llevanza se encomienda al Registro.

La dualidad entre registro (publicidad formal a petición de parte) y publicación tiene sentido cuando el medio para ello es el Boletín Oficial del Registro Mercantil; pero es como mínimo discutible cuando éste se sustituye por una plataforma única central, de acuerdo con la posibilidad enunciada en la Primera Directiva societaria (artículo 4-4)

Es cierto que la expresada Directiva distingue la obtención de “copias legalizadas” a petición de parte (artículo 4-3) y la “publicidad de los actos e indicaciones mediante una publicación literal o en extracto”. La distinción entre publicidad formal y publicación de libre acceso a través de la plataforma electrónica central diluye sin embargo las diferencias: la publicación por medio de la plataforma constituye una alternativa para consultar el contenido de los libros.

En la Directiva hay sólo dos formas de publicidad: la copia legalizada y la consulta en la plataforma central electrónica. Esto obliga a reconsiderar las formas de publicidad formal, a fin de plantear la incorporación de la citada consulta a la plataforma electrónica central, como una forma más de publicidad formal.

La incorporación de la consulta (exhibición de lo publicado) a la publicidad formal implicaría que esta publicidad pasara a ser una función intrínseca del Registro Mercantil: el propio registro asumiría la publicación y la instrumentación de la consulta. Esto tendría una ventaja, pues contribuiría a evitar una eventual discrepancia entre lo inscrito y lo publicado, en consonancia con lo prescrito en el artículo 3- 6 de la Primera Directiva: *“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para evitar cualquier discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido del registro o expediente”*. La mejor manera es suprimir la dualidad entre el registro y la plataforma

electrónica central. **En resumidas cuentas, convertir el registro electrónico único en una plataforma electrónica central, libremente accesible.** Se lograría así una completa identidad entre lo inscrito y lo publicado.

Entendemos que esta integración en el registro de la plataforma única central evitaría una duplicidad innecesaria, explicable históricamente cuando la inscripción y la publicación se asentaban en papel, pero incomprensible hoy en día al coincidir el registro y la expresada plataforma en su formato electrónico. Los beneficios son indudables: ahorro de costes al evitar la duplicidad, celeridad del tráfico al hacer coincidir en un solo momento la extensión del asiento, su publicación y consulta, y seguridad jurídica al acabar, en suma, con los riesgos derivados de una eventual discrepancia entre lo inscrito y lo publicado.

Finalmente, cumple suprimir lisa y llanamente el párrafo tercero, alusivo a la gestión de otros registros públicos de ámbito estatal o autonómico de personas o entidades no inscribibles en el Registro mercantil que le sea encomendada por la Ley, ya que no es el Código Mercantil, el lugar adecuado para asumir lo que son simples aspiraciones de un cuerpo funcional.

d) Artículo 140-4. Sistema de llevanza.

Se propone suprimir del apartado 2 la adversativa “aunque cambiara de domicilio a la demarcación de otro registro”, ya que el problema deja de existir cuando se da entrada a un Registro único.

Se solicita la completa supresión del apartado tercero cuando señala que “a petición del inscrito, el Registro mercantil le expedirá una clave de libre acceso a su hoja registral”.

Justificación:

Dicha clave es innecesaria en un registro que por definición se proclama público. Tanto más si se acepta nuestra propuesta del libre acceso o consulta, en su condición de plataforma única central.

La clave sólo tiene sentido si se consideran secretos los contenidos; y estos son públicos, como reconoce el artículo 140—12 de la Propuesta: “*deberá llevarse por medios informáticos que permitan a cualquier persona, en todo momento, el acceso a su contenido*”.

Es verdad que el precepto mencionado contiene una distinción sutil, muy cara a la doctrina registral, entre acceso al contenido y acceso a los asientos, basada en lo que el apartado tercero de ese 140-12 denomina “tratamiento formal del contenido de los asientos registrales” correspondiente al registrador mercantil, “quien en todo caso velará por el cumplimiento de las normas que afecten a la protección de datos”.

Baste decir que con ello se transfiere una doctrina que fue ya empleada en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, bajo el nombre de tratamiento profesional de la publicidad formal, con algún fundamento en el caso del Registro de la Propiedad (respecto de asientos pretéritos), pero en absoluto tratándose del Registro mercantil, habida cuenta de los fines de la inscripción, abocada a su inserción en el tráfico; en este contexto invocar la protección de datos es un pretexto para que el registrador se adueñe de los contenidos inscribibles. Es difícil imaginar de qué modo la inscripción en el Mercantil sería susceptible de lesionar la protección de datos; pero, si así fuera, el filtro se habría de producir mediante la delimitación normativa de los concretos contenidos inscribibles y su adecuado reflejo a la hora de extender el asiento.

Quede claro, que aquí la protección de datos se erige en un modo de apropiación de los asientos, mediante la segregación o filtración de los contenidos inscribibles de libre acceso para su explotación, por medio de su difusión en beneficio, como ya es patente en la actualidad, del Colegio Nacional de Registradores. Asientos que son de titularidad estatal y destinados al público se expropian en beneficio de una corporación. En este contexto la clave a que se refiere el precepto es una forma más de explotación.

Entendemos, una vez más, que en este punto la Propuesta ha recogido una doctrina de progenie registral que pretende ampararse en el futuro código, a trueque de postergar los intereses generales por otros de índole corporativa.

e) Artículo 140-5. Carácter de la inscripción:

Se propone la siguiente redacción: *“La inscripción en el Registro Mercantil tendrá carácter obligatorio con los efectos consiguientes, salvo en el caso del empresario individual, con la excepción del naviero.”*

Este es el sistema actual (artículo 19 del Cdc) y tiene sentido. En cambio la redacción de la Propuesta resulta demasiado ambigua. En efecto, repárese en

sus términos: “Las inscripciones en el Registro mercantil tendrán carácter obligatorio cuando así lo establezca la Ley, con los efectos consiguientes”.

La redacción dada a la norma debe relacionarse con lo prescrito en el artículo 140 letras i) y j). No se obligaría a los entes públicos ni a las uniones temporales de empresas por cuanto ninguna Ley dispone que se inscriban.

Pero además se utiliza –como resaltábamos- una ambigüedad peligrosa: la obligatoriedad, según, la norma sería un efecto legal, la voluntariedad una decisión particular. Es verdad que esa decisión particular debería encajar con los sujetos y actos inscribibles según el artículo 140-1. Pero esa correspondencia no está asegurada: a diferencia del actual artículo 16 del Código de comercio aquel precepto no fija el objeto del Registro mercantil, no dice como ahora “el Registro mercantil tiene por objeto la inscripción” sino que se limita a proclamar que “son inscribibles”, con lo cual la lista se podría interpretar que ha dejado de ser cerrada. De esta manera se ampliaría exponencialmente el objeto del Registro mercantil.

Esta elasticidad del Registro mercantil choca con la libertad de formas que ha caracterizado tradicionalmente al Derecho mercantil. Además no es gratuita pues en nuestra opinión la inscripción potestativa implicaría una seria perturbación en el tráfico jurídico y un encarecimiento injustificado de los costes de transacción al provocar consultas innecesarias del registro para despejar la duda de si el acto jurídico ha sido o no inscrito.

La perturbación viene por el lado de los efectos asociados a la inscripción. La posibilidad de la inscripción conllevaría que los actos inscribibles no inscritos no perjudicasen a terceros de buena fe, quienes sin embargo podrían utilizarlos en lo favorable (artículo 140-9,3). Pues bien, esos terceros de buena fe son los sorprendidos por ausencia de una inscripción que es obligatoria. El precepto incorpora una sanción respecto de quien incumple su deber de inscribir, la utilización del acto no inscrito, no en bloque, sino en lo favorable. Este efecto, no se puede ligar a una inscripción simplemente potestativa, así sin más, sino en último término en los supuestos expresamente tasados en la Ley.

f) Artículo 140-6. Documentos inscribibles.

Se propone una nueva redacción:

La nueva redacción sería la siguiente: *“La inscripción en el Registro mercantil se practicará en virtud de documento público, salvo en los casos expresamente prevenidos en la Ley. En todo caso el documento podrá constar en papel o en soporte electrónico.”*

La exigencia del documento público se ha considerado siempre una consecuencia del principio de legalidad. En el caso de los notarios, sin necesidad siquiera de reclamar un supuesto – a efectos dialécticos- control notarial de legalidad, por cuanto lo que no ofrece duda, como afirmara González Palomino, cuando, contra el común parecer de la doctrina notarial, negaba su existencia, es que el notario se limita a cumplir humildemente la legalidad, cosa que igualmente cabe predicar del registrador. Y este cumplimiento notarial de la legalidad representa incuestionablemente una garantía que no conviene desdeñar. El documento público no es mero vehículo para el acceso del acto inscribible al registro, no es un mero transporte, sino que representa la raíz del asiento, el original que se transcribe, cumple con ventaja el papel que la Primera Directiva en materia de sociedades asigna al expediente cuando dice en el artículo 3-2 *“Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente”*. Es decir, la Directiva presupone un soporte auténtico de la transcripción, el citado expediente que en nuestro caso sería el documento público.

La excepción se refiere, como hace en la actualidad el artículo 18 del Código de comercio, “a los casos expresamente prevenidos en las leyes”, sin incluir, sin embargo, los prevenidos en el Reglamento del Registro mercantil, ya que esa remisión supone la impropiedad de parificar la norma reglamentaria con la Ley. Al menos en el derecho vigente el Código proyecta la excepción reglamentaria a los casos expresamente prevenidos, lo que representa su introducción por vía de excepción. Lamentablemente, la deslegalización es patente en la Propuesta cuando requiere el documento público *“salvo que por Ley o por el Reglamento del Registro mercantil se autorice la inscripción del documento privado”*, no por vía excepcional o en casos específicos, sino con carácter general.

La opción entre el documento público y el documento privado no puede en ningún caso quedar al arbitrio de un reglamento, ya que las garantías establecidas para la inscripción no es una cuestión accidental sino que afecta a la seriedad y seguridad y a los efectos mismos del registro.

g) Artículo 140-7. Legalidad.

El precepto reproduce literalmente el actual artículo 18-2 del Código de Comercio. Sin embargo, se propone su sustitución por el siguiente:

“El funcionario autorizante del documento público extenderá la inscripción bajo su exclusiva responsabilidad mediante el depósito del asiento por vía telemática. En la matriz diligenciará los datos de la toma de razón, así como el identificador único, si procede.

En el caso de que los interesados prefieran su presentación en papel, el encargado del Registro se cerciorará, bajo su responsabilidad, de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase y de la capacidad y legitimación de los otorgantes.

El funcionario autorizante de un documento público inscribible tendrá acceso telemático directo en tiempo real al Registro mercantil. Si el asiento no fuera practicable por razones de prioridad o tracto sucesivo, procederá a extender el correspondiente asiento de presentación, que comunicará a los interesados.

Tratándose de los documentos privados inscribibles, los interesados podrán elegir entre su presentación en el Registro o el depósito del asiento bajo la responsabilidad del notario que libremente designen.

La negativa a extender el asiento será susceptible de recurso ante el Ministerio de Justicia, sin perjuicio del derecho de los interesados para solicitar la inscripción de su título por vía judicial.”

La calificación registral ha sido siempre, desde su origen, una forma de fundar la responsabilidad del registrador, de ahí la fórmula de “los registradores calificarán, bajo su responsabilidad,” que enuncia una obligación, antes que una facultad.

La alternativa que se ofrece se basa igualmente en la responsabilidad del funcionario autorizante del documento y en el acceso telemático a los libros registrales. Se lograría con ello un gran beneficio para el tráfico jurídico.

Ese beneficio se concretaría en un ahorro de costes al deparar la posibilidad de una sola calificación en el momento de la verdad que es que cuando se realiza

el acto de que se trate, sin quedar a expensas de una comprobación posterior que dilata el acceso al registro y desemboca a menudo en subsanaciones de escasa entidad y nula relevancia, pero con un coste añadido en tiempo y dinero. Se evitaría también los litigios inherentes a la doble calificación, calificaciones sustitutorias y recursos, con el consiguiente retraso y sobrecarga para la Administración y los Tribunales de Justicia.

La inscripción directa del título bajo la responsabilidad del funcionario autorizante (juez, notario, o funcionario administrativo competente) evitaría, en efecto, las dilaciones que se producen especialmente a la hora de inscribir sociedades.

Estas dilaciones cuya principal causa estriba en esa calificación posterior, han movido a la reciente Ley de Emprendedores a distinguir entre una inscripción inicial en seis horas y una inscripción definitiva. Además de que con un sistema de encasillado, que admite la Primera Directiva, bastaría la inscripción inicial. Abstracción hecha de que la sorprendente consideración de la inscripción definitiva como una modificación de estatutos, tan sólo se puede explicar de cara a una doble exacción arancelaria por parte del registrador, no se colige ningún beneficio adicional para el ciudadano.

El caso es que la citada Ley demuestra paladinamente dos cosas: la primera, la posibilidad de que, acceda al registro una sociedad sin calificación registral o, lo que en el fondo es lo mismo, bajo el amparo de una calificación fantasma, que en la práctica consistirá, no en un análisis del documento, sino en la transcripción de los datos requeridos para la inscripción inicial. La segunda que el mantenimiento de la calificación conduce a una inscripción definitiva, tardía, a costa del ciudadano, y a trueque de pervertir la realidad porque dicha inscripción no es desde luego una modificación de estatutos. Vemos así que la conservación de lo que se llega a llamar “principio de calificación” descansa en una verdadera ficción.

La opción que se propugna no tiene por qué afectar a la eficacia del registro. De entrada existirá siempre una calificación bajo la responsabilidad del funcionario que realice la inscripción, que es de por sí suficiente garantía.

Pero es que además concurre un hecho innegable: los genuinos efectos del Registro mercantil son los sancionados en el artículo 149-8 de la Propuesta que se informa. Dichos efectos, consistentes en la oponibilidad a terceros de los actos inscritos, tal como se regulan en el mencionado precepto, coinciden

exactamente con los establecidos en la tan repetida Primera Directiva (artículo 3-5 y 7), se producen sin más por la publicación de la inscripción, abstracción hecha de la calificación registral, que, en realidad, como se configura en España, no existe en ningún país de Europa. La conclusión contenida en el párrafo antecedente se basa en dos premisas, la mayor, la identidad de efectos, y la menor, la inexistencia de una calificación registral como la nuestra en Europa. La menor no precisa demostración, pues constituye un hecho notorio; tampoco la mayor, pero como quiera que la redacción del artículo 140-9 no es idéntica a la de la Directiva, por más que la recoja fielmente, cumple acreditar este extremo para desvanecer cualquier duda.

La Directiva en el artículo 3-5 dispone: “Los actos e indicaciones no serán oponibles frente a terceros por la sociedad hasta después de la publicación mencionada en el apartado 4, salvo si la sociedad demuestra que estos terceros ya tenían conocimiento de los mismos”. En el apartado 6 añade: “No obstante en caso de discordancia (entre lo inscrito y lo publicado), no podrá oponerse a terceros el texto publicado de conformidad con el apartado 4; éstos, sin embargo, podrán invocarlo, a menos que la sociedad demuestre que han tenido conocimiento del texto recogido en el expediente transcrito en el registro”. Y el apartado 7 concluye: “Los terceros podrán valerse siempre de los actos e indicaciones cuyas formalidades de publicidad aun no se hubieran cumplimentado, a menos que la falta de publicidad les privase de efecto”.

La Directiva consagra, por tanto: La oponibilidad de los documentos inscribibles desde la publicación, pues antes no son oponibles salvo que el tercero tenga conocimiento de ellos. Esto supuesto, los terceros podrán valerse siempre de los documentos inscribibles no inscritos, “cuyas formalidades de publicidad aun no se hubieren cumplimentado”. El tratamiento de la discordancia entre lo inscrito y lo publicado es idéntico en los textos comparados y no merece comentario, véase el artículo 140-9,2.

Esto es ni más ni menos lo que resulta del artículo 140- 9: “1. Los actos inscritos serán oponibles a terceros desde su inscripción. 3. “Los actos inscribibles no inscritos (...) no perjudicarán a terceros de buena fe, quienes, sin embargo, podrán utilizarlos en cuanto les fueren favorables”. Es decir, lo mismo que en la Directiva, los documentos inscribibles no inscritos no son oponibles (“no perjudican”) a terceros de buena fe (los que no tengan

conocimiento de esos documentos, como atestigua el Código vigente en el artículo 21-4); dichos terceros de buena fe podrán utilizarlos en lo favorable (se podrán valer de ellos).

La Propuesta de Código Mercantil es más precisa si cabe cuando limita la “utilización” de los documentos inscribibles no inscritos a terceros de buena fe, pero hay que dar por sentada esta exigencia en la Directiva.

Valga, pues, la comparación para poner de manifiesto que la oponibilidad a terceros de los actos inscritos, que es el efecto que se busca conseguir por medio del Registro Mercantil, nada tiene que ver, en contra de lo defendido por una tendenciosa doctrina registral, con la calificación del registrador, pues según establece la Directiva expresada se produce aunque no exista, como ocurre en el resto de Europa.

¿En qué se aparta de nuestro Registro Mercantil? En la salvedad expresada en el artículo 140-9,1, cuando, tras sentar que la oponibilidad se produce desde la publicación, añade: “Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción”, con lo que se reproduce lo declarado en el artículo 21-1 del vigente código.

Los efectos propios -en esto coinciden el artículo 20 del actual Código de comercio y la Propuesta- consisten en que:

“1. El contenido del Registro mercantil se presume exacto y válido. Sus asientos estarán bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de inexactitud o nulidad.

2. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”

La Propuesta suprime acertadamente el actual inciso final del artículo 20, a cuyo tenor “la declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme a derecho”, ya que integra un efecto exorbitante importado del Registro de la Propiedad, ajeno a la finalidad del registro mercantil y al régimen patrocinado por la Primera Directiva, que es el de simple inoponibilidad de lo no inscrito.

Estos efectos, en los términos reflejados en la Propuesta, se pueden mantener perfectamente, toda vez que el acceso al registro se haría depender, de aceptar nuestra sugerencia, de la calificación verificada por el funcionario

autorizante del documento o por el registrador con arreglo a la norma patrocinada en este informe.

Y conviene, llegados a este punto, aclarar que esos efectos propios que con justo rigor se dicen de la inscripción, provienen básicamente del hecho de que el asiento es un documento público.

¿Qué es lo que se presume exacto?, la transcripción, su fidelidad con el original. El siguiente paso, la exactitud de lo inscrito respecto de la realidad extraregstral es un efecto derivado del hecho de provenir la inscripción de un documento público, que se presume exacto e íntegro. ¿La validez? Exactamente igual, la inscripción posee una presunción de validez que va asociada a la calidad del título inscrito.

En todo caso, la exigencia de la declaración judicial de inexactitud o de nulidad no es tampoco una gran originalidad: la declaración de inexactitud, por cuanto el asiento como documento público es inalterable (el origen de la salvaguardia de los asientos por los tribunales fue protegerlos frente al registrador, pues descansa en ciertas resoluciones de principios del siglo pasado que negaron que el registrador pudiera corregir a su conveniencia el asiento ya extendido); y en lo que hace a la declaración de nulidad, porque la competencia para declarar la invalidez de un acto o contrato reside en los tribunales.

Estos efectos propios, que por tanto no son originales, no nacen propiamente de la calificación registral, -ni siquiera de manera indirecta- sino por el hecho de la inscripción. La fuerza su presunción de exactitud y validez va unida a la calidad del título inscribible; y la norma que proponemos no les afecta, ya que el asiento se extiende sobre la base de un documento público y bajo la calificación y responsabilidad del funcionario autorizante.

h) El artículo 140-11. Previa inscripción.

La propuesta atribuye rango legal a este principio de mecánica registral. Es natural que se preserve la continuidad de los asientos. Pero en el bien entendido de que el Registro Mercantil constituye básicamente un registro de personas y de representaciones. Por tanto, hay que tener un exquisito cuidado a la hora de trasponer criterios que han surgido en el seno del Registro de la Propiedad, cual es el caso del tracto sucesivo.

La Propuesta con buena técnica distingue entre actos constitutivos de la persona inscrita y actos modificativos o extintivos (no hay aquí actos traslativos a diferencia del Registro de la Propiedad). En cuanto a los actos constitutivos es imprescindible la primera inscripción que da lugar a la apertura de la correspondiente hoja registral. Pero, en lo que hace a los modificativos o extintivos, sin perjuicio de aceptar la bondad del principio se echa en falta el estudio de las excepciones. La única que se introduce es la revocación de poderes.

La previa inscripción no puede ser sólo una manera de acopiar asientos al registro, sin excepción real porque la que se acoge, con razón, obedece en rigor, a la imposibilidad en el derecho vigente de inscribir la revocación de poderes no inscritos, de los que frecuentemente se ha perdido el rastro. Por tanto, aunque parece acertada por su utilidad la señalada excepción, pero habría que haber considerado otras posibles, que plantean importantes problemas prácticos. Por ejemplo:

Los cambios de administradores: nombramiento y sustitución que se documentan el mismo día. En general, los acuerdos que se documentan y anulan y sustituyen el mismo día, cosa que no es rara por la misma celeridad del tráfico mercantil y presenciamos más de una vez en las notarias.

La previa inscripción de administradores no inscritos con cargo caducado. En todo caso deberían dar lugar a un tracto abreviado.

La previa inscripción de los administradores en los casos de disolución judicial de una sociedad.

El nombramiento de auditores, no parece lógico supeditar en todos los casos el nuevo nombramiento a la inscripción de los anteriores, si no se hubiera hecho.

En fin, son sólo algunos ejemplos que tal vez hubiera convenido considerar. El hecho de que la Propuesta no lo haga daría lugar en algunos casos a inscripciones sin sentido e innecesarias. De ahí que sea cuestionable la oportunidad de incluir en la Propuesta esta exigencia que responde a razones de pura mecánica registral a resolver por vía reglamentaria.

Se podría salvar en parte la situación con sendas excepciones del siguiente tenor:

“No será necesaria la previa inscripción de aquellos documentos públicos que se anulen por otro documento otorgado el mismo día por las mismas personas

No será necesaria la previa inscripción de los auditores.

En ningún caso será precisa la inscripción de las modificaciones acontecidas para inscribir la disolución judicial de una entidad registrada.”

i) Artículo 140-12. Publicidad formal.

Se sugiere intercalar en el apartado 2 que “Las personas interesadas podrán solicitar de un notario o del encargado del registro (...).

Se propone la supresión del apartado tercero que encomienda el tratamiento de la publicidad formal al registrador mercantil.

Justificación:

El acceso telemático en tiempo real posibilita que el notario extienda la certificación, lo que redundaría en beneficio de las personas interesadas al multiplicar los puntos de atención, y en última instancia favorecería la celeridad del tráfico.

La supresión del apartado tercero responde a las razones invocadas en este informe con ocasión del artículo 140-3 de la Propuesta.

J) 140-13. El Registro Mercantil Central.

En armonía con lo expuesto se propone suprimir “Central” ya que las funciones indicadas serían las propias de un Registro Mercantil único, a cargo del encargado.

k) Artículo 140-14. Publicidad del domicilio y de la inscripción registral.

Suprimir la mención al registro territorial.