

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns in a light gray color, framing the central text.

**Seguridad
jurídica y
seguridad del
tráfico**

Victor Ehrenberg

Víctor Ehrenberg

*Seguridad jurídica y seguridad del
tráfico*

Introducción y traducción de Antonio Pau



PRIOR
TEMPORIS
POTIOR
TURE

Cuadernos De Derecho Registral

MDCCLXXV

Colección *Cuadernos de Derecho Registral* dirigida por Antonio Pau

Víctor Ehrenberg
Seguridad jurídica y seguridad del tráfico
Introducción y traducción de Antonio Pau

© 2003 FUNDACION BENEFICENTIA ET PERITIA IURIS
Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España
I. S.B.N.: 84-95240-84-X
Depósito Legal: M-26759-2003
Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Leganitos, 24
28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

INTRODUCCIÓN

I. LAS IDEAS REGISTRALES DE EHRENBURG

Hace un siglo se publicó en los prestigiosos *Anuarios Ihering (Iherings Jahrbücher*, vol. 47, 1903) el artículo de Víctor Ehrenberg “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, con especial referencia al Registro Mercantil”. Desde entonces, esas dos expresiones que aparecen en el título -seguridad jurídica y seguridad del tráfico- se han venido repitiendo en todos los manuales y tratados de Derecho registral que se han publicado en Europa.

La recepción de las ideas de Ehrenberg ha sido más tardía entre nosotros. Hasta los años cincuenta del pasado siglo no empiezan a citarse, y además, la cita se suele reducir a un párrafo, el que define esos dos conceptos esenciales: “La seguridad jurídica consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente favorable modificación de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona”. Sorprende que un jurista tan atento a las ideas más innovadoras de la doctrina alemana como don Jerónimo González no advirtiera la existencia del estudio de Ehrenberg.

Los primeros ecos de las ideas de Ehrenberg aparecen en artículos de Vallet de Goytisolo (a partir de “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión”, RDP, junio 1953) y en la segunda edición de las *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral* de La Cruz (Zaragoza, 1957). Vallet recoge esas ideas indirectamente, a través de la

doctrina italiana, y especialmente de Carnelutti y su *Teoría general del tráfico*, publicado en Padua en el año 1933. El profesor Lacruz sí trae las ideas de Ehrenberg del propio texto original.

En la mayor parte de los casos, las referencias posteriores no han pasado de la cita del título y del empleo de las dos expresiones que aparecen en él. Una rigurosa excepción a ese uso superficial de las ideas de Ehrenberg es el trabajo de Cándido Paz-Ares, que lleva casi el mismo título que el del profesor alemán: “Seguridad jurídica y seguridad del tráfico” (RDM n° 175-176, año 1985).

La posición que adoptan Vallet de Goytisolo y Lacruz ante la dicotomía seguridad jurídica-seguridad del tráfico es distinta. Vallet entronca la seguridad jurídica en la justicia y considera que la seguridad del tráfico legitima los despojos. Es muy significativo que en su última obra (*Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho. II Elaboración sistemática*, vol. I, Madrid 2002) diga que la seguridad estática es la única “seguridad de lo ajustado al Derecho”, y que, así como la posesión atiende a la seguridad estática, el Registro atiende a la dinámica; y en esta línea afirma que ésta última institución “protege mejor al prestamista que al labrador, al especulador que al habitante”. Lacruz no se inclina incondicionalmente por uno de los términos de esa dicotomía. Los ve enfrentados en un “conflicto” que “no tiene fácil solución”. Y dibuja con trazos precisos la dualidad de intereses en pugna: “De una parte, resulta minada la noción misma del derecho subjetivo si no se protege al titular contra toda invasión de la voluntad de terceros [...] Mientras que, por el contrario, constituye un grave entorpecimiento en la vida de relación la impugnabilidad absoluta

Paz-Ares, a diferencia de los autores citados, se adentra en el pensamiento de Ehrenberg y descubre en él dos enfoques paralelos de la contraposición seguridad jurídica-seguridad del tráfico, y a esos dos enfoques los denomina “hipótesis de la repelencia” e “hipótesis de la atracción”. Hasta ahora sólo se había advertido el enfrentamiento -y es verdad que el propio Ehrenberg dice que una y otra noción “se repelen mutuamente”-, pero el autor alemán, en un lugar quizá menos visible de su trabajo, “invita a contemplar la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico -escribe Paz-Ares-, más que como categorías antagónicas, como piezas distintas de un idéntico mecanismo; como el anverso y el reverso de un mismo fenómeno, que no es otro que el de la facilitación al titular originario -y no al tercer adquirente-el aprovechamiento del valor

económico de su derecho subjetivo”. Y añade con gran expresividad: “Lo más significativo de este segundo planteamiento es que el interés del adquirente desaparece de escena: la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, dos vasallos distintos, sirven a hora a un mismo señor: el titular del derecho”.

No hay, pues, contraposición, conflicto: “la llamada seguridad del tráfico -dice Paz-Ares- es una modalidad de actuación de la seguridad jurídica; y por consiguiente una modalidad de protección del derecho subjetivo”. Una de las formas de proteger al titular es facilitar la transmisión de su derecho; y eso, precisamente -facilitar la transmisión dando garantías al adquirente-es la función de la seguridad del tráfico. La seguridad del tráfico revaloriza el derecho, porque permite que su transmisión se haga con seguridad para el adquirente.

Pero además de esta visión conciliadora de ambas seguridades, el trabajo de Víctor Ehrenberg aporta otras ideas valiosas a la teoría general de la publicidad registral:

En primer lugar, la eficacia probatoria de derechos que tiene el Registro. No se trata ahora de la oponibilidad de los derechos inscritos frente a tercero, sino de la prueba documental que tiene la certificación para acreditar derechos. Nuestra Ley hipotecaria lo refleja en el artículo 313, tantas veces mal interpretado. El titular de un derecho, “que quiere afirmarlo o hacerlo valer”, tiene una prueba insustituible en la certificación registral. “En este sentido -escribe Ehrenberg-un instrumento excepcionalmente valioso para nuestro actual tráfico jurídico lo constituyen los libros o Registros que se llevan por las autoridades del Estado”.

En segundo lugar, la visión evolutiva, dinámica, de la publicidad. Si para otras épocas históricas fueron útiles otros medios de publicidad, en nuestra época hace falta un sistema ágil, rápido, que permita conocer “a toda velocidad y sin esfuerzo” los hechos inscritos. Ehrenberg es crítico con el Registro; “cuando en un momento inesperado surge la necesidad de informarse, sin pérdida de tiempo, sobre un determinado hecho, entonces es ineficaz”. “La publicidad divulgada mediante el Registro, en muchos casos, es sólo una publicidad ficticia, y por tanto inadecuada para fortalecer la seguridad del tráfico”. “Sería magnífico que la publicidad derivada de la inscripción registral no fuera aparente, sino real; que el tercero conociera verdaderamente los hechos cuyo desconocimiento le perjudica; que llegada la ocasión en que necesitara conocerlos, pudiera hacerlo a toda velocidad y sin esfuerzo”. No podía imagi-

nar Ehrenberg que, en el otro extremo del siglo, la reforma registral alemana de 1993 iba a crear el *EDV-Grundbuch*, un Registro plenamente informatizado, cuya consulta puede hacerse por internet.

En tercer lugar, la crítica al intento de lograr un conocimiento efectivo a través de la publicación de los hechos inscritos en un boletín oficial. “La experiencia demuestra que los particulares no tienen absolutamente ninguna noticia de tales publicaciones”, escribe Ehrenberg. Es decisivo a este respecto, como advierte el autor, “el círculo de las personas afectadas, la delimitación geográfica de su ámbito”. En sociedades como la europea de nuestra época, cualquier intento de difundir los hechos inscritos es inútil. La experiencia que hemos adquirido en España desde la reforma mercantil de 1989 coincide con la de Ehrenberg. El desplazamiento de la oponibilidad a la publicación no ha tenido la más mínima utilidad.

Habría que destacar, por último, el rigor con el que Ehrenberg analiza los conceptos fundamentales de la publicidad mercantil: la eficacia sanatoria o convalidante de la inscripción, la concurrencia de la eficacia convalidante y la constitutiva, la fe pública del Registro mercantil, la presunción de legalidad de las inscripciones, la buena fe del tercero, la divergencia entre inscripción y publicación, y la relación entre la eficacia sanatoria derivada de la inscripción y la oponibilidad derivada de la publicación. Cuando Ehrenberg escribe estas páginas está aún reciente la reforma de la publicidad mercantil -el Código de comercio se había publicado sólo seis años antes, en 1897-y las novedades no habían sido bien entendidas por la doctrina; como se verá, Ehrenberg no vacila en contradecir abiertamente las interpretaciones de sus colegas. Sí él acertaba, no era sólo por su agudeza intelectual, sino también porque había participado en la reforma; además, el principal inspirador del nuevo Código de comercio había sido su maestro Heinrich Thöl, que, aunque había muerto ya al tiempo de la promulgación, había dejado en sus obras y en los borradores prelegislativos las ideas que inspiraban la reforma mercantil.

II. EL AUTOR

Víctor Gabriel Ehrenberg nació el 22 de agosto de 1851 en Wolfenbütel y murió el 10 de marzo de 1929 en Göttingen. Su formación jurídica y económica le permitió sentar las bases, no sólo del moderno Derecho del seguro,

sino más aún: de lo que ha llamado la *Versicherungswissenschaft*, la ciencia del seguro -en todos sus aspectos económicos, jurídicos, financieros y actuariales-.

Ehrenberg inició sus estudios jurídicos sin convicción, y luego los prosiguió sin interés. Fue el conocimiento del profesor Heinrich Thöl y la lectura de sus tres magistrales volúmenes de *Derecho mercantil* (el último publicado en 1880) lo que le suscitó el interés por el Derecho, aunque su inquietud se orientó primero hacia la historia del Derecho y más tarde hacia el Derecho mercantil. Su tesis doctoral, *Kommendation und Huldigung*, la dedicó a desentrañar dos instituciones medievales.

En la evolución de su vida y de su pensamiento influyó decisivamente su matrimonio con Helena von Ihering, hija del gran civilista y filósofo del Derecho Rudolf von Ihering. En su vida influyó Ihering al conseguir el traslado de Víctor Ehrenberg, hasta entonces docente en la pequeña universidad de Rostock, a la prestigiosa universidad de Göttingen. Y en su obra, al atraerle a la *Interessenzurisprudenz*, que impregnó de realismo las ideas excesivamente dogmáticas que hasta entonces conformaban el pensamiento del joven Víctor Ehrenberg.

Con la presencia de Ehrenberg, la universidad de Göttingen se convirtió en el epicentro de una nueva rama del Derecho, que irradiaba iniciativas e inquietudes a todas las universidades europeas. En muchas de ellas empezaron a crearse cátedras de Derecho del seguro, Institutos dedicados exclusivamente a él, revistas, libros, tesis. Como Ehrenberg fue nombrado asesor del ministro de Justicia del Reich, sus ideas sobre el seguro pasaron muy pronto a las normas, y la jurisprudencia las trasladó a la vida diaria de los ciudadanos.

Ihering murió en el año 1892, y Víctor Ehrenberg se hizo cargo de su herencia intelectual: salvo la dirección de los *Iherings Jahrbücher*, de la que se ocupó Gierke, Ehrenberg quedó al frente de todas sus empresas jurídicas. Terminó las obras que Ihering había dejado inacabadas y reeditó y actualizó todas las demás, poniendo al frente ellas extensas y sustanciosas introducciones. En el año 1911 se trasladó a la universidad de Leipzig. En aquellos años, esa universidad, una de las más antiguas de Alemania -fue fundada en el año 1409-estaba en pleno auge intelectual; los compañeros de Ehrenberg en el profesorado eran el pandectista Bernard Windscheid, el historiador Rudolph Sohm, el romanista Ludwig Mitteis, el penalista Karl Binding, el canonista Emil Sehling, el administrativista Otto Mayer. En sus años de Leipzig, Eh-

renberg fundó el *Instituifür Versicherungswissenschaft*, que aún subsiste. En el extraordinario ambiente cultural que reinaba en aquella universidad sajona en las primeras décadas del siglo XX escribió Ehrenberg sus últimas obras.

Al ser nombrado profesor emérito en 1922 se trasladó otra vez a la universidad de Göttingen, donde había enseñado en sus años de madurez: entre los treinta y siete y los sesenta. Ahora, a los setenta, volvía a su vieja cátedra de Derecho mercantil. Aún le quedaban siete años de vida. Pero murió a tiempo. Su origen judío forzó el exilio de toda la familia. Su hija Hedwig huyó con su marido, el físico nuclear y premio Nobel Max Born, a Inglaterra. Su hijo Víctor huyó primero a Praga y luego a Newcastle, donde fue catedrático de historia antigua, y uno de los más eminentes investigadores de la cultura griega¹.

III. LA TRADUCCIÓN

Puede resultar sorprendente que cien años después de aparecer impreso en los viejos caracteres góticos que se usaban en la Alemania de la época, este trabajo de Ehrenberg se traduzca por primera vez al español. La razón de haber abordado la tarea es doble: por un lado, facilitar un conocimiento completo de este texto, del que se vienen repitiendo citas muy concretas, y por otro, recordar unas páginas que, en su mayor parte, no han perdido actualidad.

Aunque Ehrenberg era un escritor fluido y ágil, en este texto parece deleitarse en las frases sinuosas, que avanzan y luego retroceden para avanzar de nuevo. Creo que el humor que se percibe en algunas frases de este trabajo -al menos en la versión original-le movió también a esa sintaxis intencionadamente barroca. Eso ha dificultado, naturalmente, la traducción.

Cuando el término empleado por Ehrenberg está especialmente consagrado en la terminología jurídica alemana, o es particularmente expresivo, lo he reproducido entre corchetes. También he incorporado, entre los mismos signos, la palabra española que sería la traducción literal de la correspondiente palabra alemana, aunque en la versión española haya optado por otra. De la misma manera he añadido algunas palabras que me han parecido necesarias para la comprensión del texto: son casos en que, por la estructura de la frase el antecedente quedaba demasiado lejos. Los términos o frases que aparecen en cursiva son los que están destacados en el texto de Ehrenberg -aunque no por ese medio, que no existe en la letra gótica-.

Si se coteja la traducción con el texto alemán, se verá que en algunos casos las mismas palabras se traducen de manera distinta. A esas palabras alemanas son precisamente a las que se refería A. Polo en una nota a su traducción de Cosack (*Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1935), al advertir “que no es tarea fácil la adaptación española de ciertas expresiones alemanas empleadas en el texto. Comienzan por no estar claras en su lengua de origen, según declaración del propio profesor Cosack. En Derecho alemán se usan casi indistintamente las expresiones *Betrieb* -explotación-, *Gewerbe* -industria-, *Gewerbebetrieb* -explotación industrial-, *Unternehmen* y *Unternehmung* -empresa-, *Geschäft* -negocio-y *Handelsgeschäft* - negocio mercantil-, con las cuales se designa no solamente una actividad, sino también un objeto jurídico”.

En las páginas que siguen se ha hecho una traducción más idiomática que lingüística. No se ha querido sacrificar la fidelidad en aras de la elegancia. Es probable que la lectura se resienta de ello, pero se facilita un conocimiento más preciso del texto -todo lo precisa que puede ser una traducción-.

Porque toda traducción no es más que una aproximación. Si con ésta no me he quedado lejos del texto original, me doy por satisfecho.

Mi amigo el Prof. Cándido Paz-Ares, excepcional conocedor del trabajo de Ehrenberg, ha tenido la generosidad y la paciencia de leer la traducción. He incorporado a ella todas sus sugerencias, siempre oportunas y acertadas.

SEGURIDAD JURÍDICA Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL REGISTRO MERCANTIL

SECCIÓN PRIMERA: *Conceptos de seguridad jurídica y seguridad del tráfico. Relaciones entre ambos conceptos. Publicidad auténtica y publicidad ficticia. Dificultades en el tráfico mercantil y facilidad de los negocios.*

Al hablar de *seguridad jurídica* cabe referirse tanto al Ordenamiento jurídico (Derecho en sentido objetivo) como a las facultades jurídicas (derecho en sentido subjetivo).

Si se contempla la seguridad jurídica desde el punto de vista del *Ordenamiento jurídico*, la cuestión que se plantea es si las relaciones sociales que abarca son lo debidamente exhaustivas y claras, y si sus disposiciones excluyen toda mala interpretación, ya que esa es, en definitiva, su finalidad: procurar un Derecho seguro (*ius certum*). En este caso es más preciso hablar de “seguridad del Derecho” que de “seguridad jurídica”.

Normalmente, cuando se utiliza la expresión “seguridad jurídica”, se está haciendo referencia a la situación del *sujeto* legitimado, es decir a la seguridad del disfrute del derecho. Y cuando se dice que el individuo debe sentirse satisfecho de esa seguridad, no se está pensando tanto en la tranquilidad que garantizan las leyes penales, como en la posibilidad que el individuo tiene de ejercitar, sin trabas y amparado por el Derecho público y privado, las facultades que integran los derechos subjetivos. Esa seguridad jurídica puede verse favorecida o amenazada por los propios órganos encargados de su protección: los tribunales y la policía. En ese sentido se dice que en un país existe una gran seguridad jurídica, o, al revés, que su seguridad jurídica no es buena. Igualmente, la seguridad jurídica, sobre todo en el ámbito del Derecho privado, puede resultar perjudicada por aquella normativa que se establece, precisamente, para proteger la seguridad del tráfico. Así pues, *seguridad jurídica* y *seguridad del tráfico* vienen a ser, en cierto modo, términos contrapuestos, alcanzables uno a costa del otro. Por eso, cuando ambos términos colisionan, se le plantea al legislador un grave problema.

La primera exigencia de la seguridad jurídica consiste en que *la existencia y el contenido del derecho no pueden ser cuestionados*. Pero ambas cosas, es decir la existencia y el contenido del derecho, dependen de diversos presupuestos fácticos y jurídicos, que aquél que quiere afirmar su derecho o hacerlo valer frente a otro, debe, en muchos casos, acreditar. Todo lo que facilite esa prueba al titular, o incluso se la ahorre, contribuirá a su seguridad jurídica. En este sentido, un instrumento excepcionalmente valioso para nuestro actual tráfico jurídico lo constituyen los libros o Registros que se llevan por las autoridades del Estado.

En efecto, si en uno de esos Registros hay inscrito un derecho, ello contribuirá, en mayor o menor medida -dependiendo de la eficacia jurídica de la

inscripción-, a la seguridad jurídica. Es cierto que una inscripción en un Registro público sólo tiene, en principio, la significación de dejar constancia de declaraciones de voluntad de personas privadas, sin presuponer la veracidad de lo allí declarado. Sin embargo, el legislador tiene en su mano incrementar la eficacia jurídica de la manera que considere conveniente. Así puede, por ejemplo, determinar que la inscripción suponga una *presunción de verdad* del hecho inscrito, o quizás también -para el caso de que no se hayan hecho constar expresamente determinadas limitaciones del derecho-, una presunción añadida de que el contenido del derecho está libre de tales limitaciones. Es cierto que, en ninguno de estos supuestos, el titular se libera de tener que aportar la prueba, pero le basta, sin embargo, con aportar un extracto [una certificación] del Registro.

Pero la eficacia de la inscripción puede ser aún mayor; la existencia del derecho puede quedar acreditada a través de ella, y por encima de cualquier duda. La inscripción tiene entonces fuerza sanatoria o convalidante, toda vez que los posibles defectos en el derecho inscrito pueden quedar subsanados, ya se trate de algunos defectos (eficacia sanatoria relativa [*relative Heilkraft*}) o incluso de todos los defectos (eficacia sanatoria absoluta [*absolute Heilkraft*}), y para ello puede ser suficiente, bien la inscripción por sí sola, o bien, en determinadas circunstancias, (por ejemplo, transcurso del tiempo, § 1324 II BGB) mediante la rectificación del asiento. En todo caso, por lo que se refiere a este efecto de la inscripción, hemos de hacer la siguiente distinción:

Una inscripción es totalmente insanable cuando, por su naturaleza, la situación inscrita no era susceptible de acceder al Registro; así, por ejemplo, un derecho real no reconocido por ley no debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad; el asiento que lo refleje es, sin más, nulo.

Sanables son los defectos de la inscripción en aquellos casos que, por su naturaleza, las situaciones son -en abstracto-inscribibles, pero han sido -en concreto-incorrectamente inscritas. El defecto puede consistir, en este caso, en que *falte un requisito legal* para la inscripción (por ejemplo, si el objeto de una asociación inscrita como tal en el Registro de Asociaciones consistiera en una explotación de naturaleza económica), o cuando la situación inscrita es falsa (inexacta) [*unwahr (unrichtig)*}, es decir que no se corresponde con las circunstancias reales (por ejemplo, alguien que se llama Georg Müller adopta como nombre comercial el de Franz Müller). También en este segundo caso falta un presupuesto jurídico para la inscripción, pues, por exigencia legal,

sólo pueden ser inscritos hechos verdaderos (exactos). En el primero de los casos citados también se puede considerar que la inscripción es inexacta o falsa, porque a través de ella se hace aparecer ante el tercero que ha surgido una relación jurídica que, por falta de un presupuesto jurídico, en realidad no ha surgido. En él se establece una relación jurídica en la que faltan determinadas premisas legales, y por tanto no se ajusta a la verdad. Por ello es posible, y no hay nada que oponer, que se aplique la expresión de *inscripción inexacta* a la totalidad de las inscripciones defectuosas, toda vez que son, conforme a su naturaleza, improcedentes.

No puede ser considerada como sanatoria una inscripción que solamente tiene el efecto de que el tercero de buena fe pueda confiar en la exactitud [de lo inscrito]; *eficacia sanatoria y fe pública* de las inscripciones registrales son dos cosas distintas; la segunda existe exclusivamente por razón del tráfico jurídico, mientras que la primera, aunque también beneficia al tráfico jurídico, sirve principalmente a la seguridad jurídica. De hecho, una y otra raramente se confunden.

Por el contrario, la eficacia sanatoria de la inscripción se suele confundir a menudo con la *eficacia creativa [rechtsbegründenden](constitutiva)* que es propia de algunas inscripciones, Así lo dice también el Tribunal Imperial (I^a Cámara de lo Civil, 5 de febrero de 1898, tomo 41, página 22): “Ciertamente, la inscripción, por regla general, no tiene eficacia constitutiva.

No tiene las características de una resolución apoyada en la fuerza del Derecho, y no puede reparar por sí sola un defecto jurídico”. La esencia de la inscripción constitutiva ha sido, como en muchas ocasiones, tergiversada. A menudo suele caracterizarse [la inscripción constitutiva] por el hecho de que una determinada relación jurídica no surge hasta que se produce su inscripción, o que su propia existencia legal está supeditada a la previa inscripción. De todos modos hay algunas relaciones jurídicas (por ejemplo, la condición de comerciante) que, en determinados casos, solamente pueden establecerse con ayuda de la inscripción, si bien en otros supuestos sin necesidad de inscripción. Por eso es oportuno proponer aquí la siguiente definición: *La inscripción es constitutiva cuando, a través de ella, se crea [o funda: begründet] una relación jurídica*². Pero en esta definición no se diferencia la eficacia constitutiva de la eficacia sanatoria de la inscripción. Mejor pensada es la definición de Gareis³ según la cual la diferenciación característica consiste en

que [en el caso de inscripción constitutiva], el hecho jurídico [*Rechtsvorgang*] alcanza la existencia solo a través de la inscripción; pero la expresión “hecho jurídico” no tiene la suficiente precisión y claridad jurídica.

Realmente, *la esencia de la inscripción constitutiva estriba en que un determinado hecho o una determinada relación, no puede lograr un efecto legal si no se ha producido aquélla.* Dicho de otra forma: una relación jurídica no puede alcanzar la existencia, en absoluto o bajo determinados presupuestos fácticos, si no es a través de la inscripción. Si efectivamente ha surgido, o ha fracasado por un defecto determinado, la inscripción misma no afirma nada. La inscripción [constitutiva] se limita a fijar el momento de su surgimiento -para el caso de que efectivamente haya surgido-; y afirma, desde el punto de vista negativo, que antes no existía. Por el contrario, cuando la inscripción produce un efecto sanatorio, entonces afirma, y con plena seguridad, que la relación jurídica ha surgido efectivamente, pero probablemente ya había surgido mucho tiempo antes de la inscripción, y su eficacia sanatoria, en este caso, es superflua. Naturalmente, la inscripción puede producir a la vez eficacia sanatoria y eficacia constitutiva, pero *la última carece de toda significación para la seguridad jurídica-*, sólo cuando determinadas limitaciones de un derecho no pueden surgir sin inscripción, la falta de ésta puede ser algo esencial para el contenido del derecho, puesto que éste queda libre de tales limitaciones.

En realidad, los efectos de las inscripciones sólo deben beneficiar al titular, y no producir perjuicios a nadie. Sin embargo, si por negligencia o malicia se inscribe un derecho a favor de una persona que no es titular del mismo, o no se inscribe alguna limitación legalmente establecida, entonces la inscripción produce el efecto contrario al que le corresponde: perjudica la seguridad jurídica en vez de protegerla. En tales casos, el restablecimiento de las circunstancias legítimas mediante la rectificación del Registro aparece como lo mínimo que cabe pedirle al Ordenamiento jurídico, pero también esta posibilidad se puede ver frustrada en favor de la seguridad en el tráfico, tal como ya se ha dejado expuesto, con lo cual los libros oficiales no solamente pueden poner en riesgo los intereses del titular, sino que incluso pueden llegar a anularlos. Llegamos así a una de las más importantes cuestiones que hay que plantear al Derecho privado en interés de la seguridad jurídica.

II

La seguridad jurídica supone, ante todo, que el titular tiene una situación

jurídica garantizada, lo que significa que *la pérdida o el menoscabo de su derecho no puedan producirse sin su voluntad*-, ese es el sentido estricto y propio de la “seguridad jurídica” y así ha de ser entendido. Y aquí es, precisamente, donde la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico pueden entrar en conflicto.

La mayor parte de los derechos subjetivos pueden ser contemplados una doble situación: en reposo o en movimiento. Cuando su contenido tiene un valor patrimonial, son, por regla general, transmisibles, es decir, que no tienen que ser necesariamente ejercitados ni agotados por quien los estableció, sino que son derechos que pueden ser ejercitados por otra persona, o por una tercera a quien aquella los ha transmitido: entonces solemos decir que se trata de derechos transmisibles [*verkehrsähig*], que están en el tráfico. Esta posibilidad de tránsito del derecho es, aparentemente, un peligro para la seguridad del titular. Cuando un derecho no puede ser objeto de tráfico -como es el caso de los derechos de personalidad y de familia-, entonces el titular puede, quizá, perder tal derecho, pero no puede perderlo en favor de otra persona: contra esta posibilidad está asegurado por la naturaleza misma del derecho. Cuando, por el contrario, el derecho es transmisible, entonces existe el peligro de que lo pierda, en todo o en parte, en favor de otro, o que el derecho sufra en un menoscabo en beneficio de otra persona; por ejemplo, aunque el titular mantenga la propiedad de la cosa, un tercero adquiere un derecho de garantía sobre él. Solamente si está protegido contra esta posibilidad tiene el titular una posición jurídica segura; disfrutar de esa seguridad jurídica es algo que le interesa a aquél a quien ya pertenece un derecho, y que por tanto ya lo ha adquirido: atendiendo a esa cualidad suya le llamaría “poseedor del derecho” [*Rechtsbesitzer*].

Aparentemente, [la seguridad jurídica] está en contradicción con el interés de aquél *que quiere adquirir* un derecho. Éste tiene el mayor interés en que la adquisición prevista se produzca tal como la había previsto, y *no afectada por circunstancias que a él, el adquirente, le puedan ser desconocidas*, como por ejemplo, cuando el enajenante de un bien no estaba facultado para enajenarlo, o cuando el bien está gravado con algún tipo garantía: esta es una exigencia imperiosa de la *seguridad del tráfico*. Si el que quería adquirir ha adquirido ya el derecho de manera segura y plena, entonces se ha convertido en poseedor del derecho, y, como tal, al revés [que en su posición anterior] no tiene interés en la seguridad del tráfico, y sólo le interesa la seguridad del derecho.

Es cierto que, indirectamente, también estará interesado por la seguridad del tráfico, pues en el caso de que quiera, por su parte, transmitir su derecho a otro, le resultará más fácil encontrar un interesado en comprar, pues éste tendrá la certeza de que hará una adquisición segura.

Pero la seguridad del tráfico tiene un segundo aspecto. Este segundo aspecto no se refiere sólo a los casos de adquisición de derechos, sino también a los de *liberación de obligaciones* (liquidación de cargas reales, extinción de deudas), y requiere también que ésta no pueda verse frustrada por circunstancias desconocidas por el obligado. También aquí se da lo contrario a la seguridad jurídica, que pide que el titular (por ejemplo el acreedor) no pierda su pretensión sin su conocimiento y contra su voluntad, y quede privado de la prestación.

Por lo tanto, sólo en el momento de tensión en el cual una de las partes ve el peligro de perder contra su voluntad un derecho y la otra parte percibe a su vez el peligro de no poder adquirir un derecho o no poder desligarse de una obligación, sólo en ese instante es cuando entran en conflicto la seguridad jurídica y la seguridad del derecho.

En la misma situación se encuentran dos personas cuando se trata, no de la transmisión de un derecho ya existente, sino de la creación de un derecho nuevo: la seguridad jurídica demanda que nadie pueda imponer, contra el conocimiento y la voluntad del afectado, una obligación o una carga⁴, mientras que la seguridad del tráfico pide que el confiado adquirente sea protegido.

Y ahora podemos formular la contraposición, de una manera general, en los siguientes términos:

La *seguridad jurídica* (en el sentido estricto de la expresión) consiste en que no puede llevarse a cabo una *modificación desfavorable* de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ésta. La *seguridad del tráfico* consiste en que la previsiblemente *favorable modificación* de las relaciones patrimoniales de una persona no puede frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas a esa persona.

De qué diversas maneras resuelve el Derecho ese conflicto de intereses, es algo que merece una especial atención.

Es muy característico de la esencia y la función del Ordenamiento jurídico que el interés de la *seguridad jurídica* casi nunca se frustrate con consecuencias rigurosas. Incluso en aquellos casos en que ese objetivo se sitúa en pri-

mer plano, suele quedar abierta la posibilidad de que, bajo determinadas circunstancias (transcurso del tiempo, reclamaciones judiciales) una situación antijurídica se transforme en jurídica. Sólo mediante la inscripción en un Registro oficial puede un derecho estar a salvo, incluso, de la perjudicial influencia del tiempo.

Por el contrario, el Ordenamiento legal sitúa a menudo en primer plano los intereses de la *seguridad del tráfico*, y esto puede tener su explicación y su justificación, incluso desde la perspectiva del estricto Derecho, en la circunstancia de que, como se ha dicho anteriormente, también el titular del derecho está indirectamente interesado en un aumento de la seguridad del tráfico. Los medios a través de los cuales el Ordenamiento jurídico alcanza ese objetivo son extraordinariamente variados. No es infrecuente que lo haga atribuyendo a ciertas personas el poder de actuar en nombre de otras, creando o transmitiendo derechos en nombre de otros, e incluso -para mayor seguridad del tráfico-determinando expresamente el alcance del poder (poder de llaves [*Schlüsselgewalt*], patria potestad, tutela, representación en una sociedad mercantil, poder mercantil, *Prokura*⁵, etc). Incluso, en determinados casos importantes, el ordenamiento legal establece que la simple convicción (la buena fe) de quien quiere adquirir un derecho o cancelar una obligación, sea plenamente suficiente para que se produzca el efecto jurídico previsto. Quien se encuentra en tal situación está, pues, protegido, cuando ignora, sin culpa, la existencia de una determinada circunstancia que por sí misma habría impedido ese efecto jurídico; ese es el caso de quien adquiere un bien mueble de un no propietario, del endosatario de un título a la orden, o del tomador de un título al portador. Bajo determinadas circunstancias, se considera que su ignorancia no es negligente; por ejemplo, cuando adquiere un bien de alguien que figura indebidamente inscrito como propietario en un Registro público (Registro de la Propiedad). Si el Ordenamiento jurídico permite que la inscripción sea invocada, no sólo por el inscrito, sino también por un tercero, entonces, una misma institución jurídica, que -como se ha indicado más arriba- protege de manera principal la seguridad jurídica, está favoreciendo *la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica*. Se ofrece, a aquel que quiere adquirir un derecho o liberarse de una obligación, la posibilidad de informarse, e incluso de informarse de manera auténtica, sobre determinadas circunstancias (fácticas o jurídicas) cuya existencia es necesaria para que se

produzca el efecto jurídico, o cuyo conocimiento es útil para ello. La circunstancia inexacta (falsa), por el hecho de estar inscrita, juega en su favor de la misma forma que si dicha circunstancia fuera exacta (verdadera), y por tanto perjudica al verdadero titular, cuyo derecho se ve sacrificado en interés de la seguridad del tráfico (véase lo dicho más arriba). Se está hablando aquí de la *fe pública* del Registro. Al mismo resultado llega el Registro, con frecuencia, a través de un efecto negativo, de manera que se está facultado para considerar como no existente una circunstancia no inscrita; y eso sucede siempre cuando se trata de una circunstancia no inscrita de una relación jurídica que no surge sin inscripción, es decir, cuando la inscripción tiene eficacia constitutiva (véase lo dicho más arriba). En este caso, la circunstancia no inscrita, simplemente, no existe.

En todos estos casos, es misión del Registro el hacer *accesible* el conocimiento de determinadas circunstancias a cualquier interesado, lo que supone cumplir su función de *publicidad*, que puede hacer efectiva por sí mismo o reforzándola mediante la divulgación de las inscripciones registrales a través de periódicos oficiales.

III

He llegado a un punto que tiene la máxima relevancia para el tráfico habitual, y en especial para el tráfico mercantil, y que requiere mayor esclarecimiento.

Normalmente se está de acuerdo en admitir que las inscripciones registrales -por sí solas, pero más aún si se divulgan públicamente-tienen como consecuencia una significativa elevación de la seguridad del tráfico; sin embargo yo soy de la opinión de que esa creencia se basa, en parte, en una equivocada transferencia de la valoración justificada del Registro de la Propiedad a otros Registros oficiales, y en parte a un error [engaño propio, *Selbsttäuschung*] acerca de la medida en que se logra la verdadera publicidad, sea la que se logra a través de la inscripción o la que se alcanza con su publicación. Si fijamos nuestra atención exclusivamente en este punto, haciendo abstracción de los demás fines y consecuencias de las inscripciones registrales, observaremos en seguida algunas diferencias dignas de consideración.

Para empezar, fijémonos en lo siguiente: existen algunas inscripciones registrales cuya publicidad⁶ nada tiene que ver con la seguridad del tráfico, sino que más bien tienen un efecto disuasorio [ahuyentador, *abschreckend*] -yo la

designaría como *publicidad prohibitiva*:- será el motivo de que determinadas personas o grupos de personas se abstengan de realizar determinados actos. En estos casos, basta con la simple inscripción, y en todo caso con que una sola vez se publique en periódicos, para que se produzca ese efecto disuasorio. Así ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario, un oficial, o algún otro [profesional], para no arriesgar su reputación, no inscriben su nombre en el Registro Bursátil para no darse a conocer como especuladores, e incluso algunos comerciantes se atemorizan de aparecer en el periódico como fundadores de una sociedad anónima (§ 199, n° 3 HGB). Es característica, a este respecto, la diferencia gradual que se observa en los efectos de esta publicidad según lo preceptuado en la Ley de Sociedades Anónimas con respecto a los denominados gastos de constitución [*Gründungsaufwand*]. Solamente los gastos generales han de constar en los estatutos (§186 III HGB). Las partidas específicas, así como el nombre del perceptor al cual se asigne una “retribución por la constitución” [*Belohnung für die Gründung*] [ventajas de los fundadores], no tienen por qué figurar. Es cierto que debe adjuntarse, en un impreso especial, a la correspondiente inscripción en el Registro (§ 195, n° 2), y que debe dejarse constancia de que dicho anexo ha sido presentado en el Juzgado (§ 199 II), pero en el propio Registro no se inscribe nada relativo a ello (§ 198), y solamente ha de hacerse constar la cuantía de los gastos generales (§ 199, n° 1, y § 186), pero ni las partidas específicas ni el nombre del perceptor. Así se establecía ya en la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas del año 1884. En definitiva, es tanto como si se quisiera aplicar aquí el conocido dicho popular: “Lávame, pero no me mojes”. Las personas sensibles pueden, ciertamente, ahuyentarse por esas disposiciones, pero no tienen por qué: de todos modos ellas no van a aceptar este tipo de “recompensas”. Y a las personas con una constitución moral robusta, esta publicidad apenas les impresiona.

Esta publicidad prohibitiva no tiene nada que ver, como se ha dicho, con la seguridad del tráfico; pero en los casos en que la inscripción en un Registro oficial tiene por finalidad informar al público acerca de determinados hechos, resulta que esa finalidad, en muchos casos, solamente se logra de una manera incompleta.

En todo caso, el individuo sólo en ocasiones relativamente infrecuentes necesita obtener información acerca de un hecho inscrito, y cuando en alguna ocasión esa necesidad es tan urgente que requiere una información inmediata,

entonces, a través de un Registro público se logra plenamente la seguridad del tráfico, aunque no se produzca una publicación oficial de las inscripciones: *un caso clásico de ello es el Registro de la Propiedad.*

Por el contrario, cuando en un determinado momento surge, inesperadamente, la necesidad de informarse sin pérdida de tiempo sobre un determinado hecho, entonces es ineficaz, no sólo el Registro, sino también la publicación que se haya hecho una única vez en un boletín oficial. La experiencia demuestra que los particulares no tienen absolutamente ninguna noticia de tales publicaciones, y que el hombre de negocios se suele enterar, por regla general, de aquellas noticias que aparecen en los periódicos locales, o bien en las publicaciones de otros lugares que caen en sus manos por casualidad. Y tampoco la creación de un Boletín de Anuncios Oficiales (*Reichsanzeiger*) sirve para mucho, ya que -dejando a un lado que sólo un número muy reducido de interesados en esa publicación la reciben o la leen- ¿quién se va a acordar del contenido de una divulgación de la que tuvo conocimiento quizá hace mucho tiempo, y aunque haga poco tiempo, si ese contenido no tenía, en aquél momento, ningún interés para él, aunque después haya pasado a tenerlo?

Excepcionalmente, el círculo de las personas interesadas puede ser tan reducido, o su ámbito tan delimitado geográficamente, que el hecho inscrito puede ser retenido en la memoria con facilidad, bien por los caracteres de notoriedad que reúne, o bien porque se ha hecho público alguna vez. Así ocurría antes, en las pequeñas ciudades, en el caso de la modificación del régimen económico-matrimonial. Pero las grandes ciudades perdió muy pronto su eficacia de este tipo de publicidad, y empezó a ser habitual que en los libros de direcciones de las ciudades [*städtliche Adressbücher*] tuviesen un anejo, ordenado alfabéticamente, con todos aquellos matrimonios que hubiesen convalidado el régimen económico-matrimonial. A través de él se podía disponer en todo momento de una rápida información acerca de esa importante circunstancia, consiguiendo así el tráfico, por vía privada, una seguridad que el sistema oficial de publicidad no podía garantizar. En cuanto a si nuestro actual Registro del régimen económico-matrimoniales [*Güterrechtsregister*], cuya eficacia territorial se extiende a toda la jurisdicción de los juzgados municipales, con la difusión de sus inscripciones a través del órgano oficial de publicaciones, tiene gran valor para elevar la seguridad del tráfico, es algo que el futuro lo dirá.

Después de lo dicho hasta aquí, no cabe ya ninguna duda de que la publicidad divulgada mediante el Registro público, en una muchos casos, es sólo una publicidad ficticia, y por lo tanto inadecuada para fortalecer la seguridad del tráfico. Pero esa ficción supone incluso una *amenaza directa a la seguridad del tráfico*, [e incluso] al perjuicio de otras personas, porque cualquier tercero tiene que soportar que los hechos inscritos, y en su caso publicados, *le perjudiquen*: de esta forma podría parecer que el Registro público está al servicio, al mismo tiempo, de la seguridad jurídica y de la seguridad del tráfico. Sería magnífico que la publicidad derivada de la inscripción registral no fuera aparente, sino real; que el tercero conociera verdaderamente los hechos cuyo desconocimiento le perjudica; que llegada la ocasión en que necesitara conocerlos, pudiera hacerlo a toda velocidad y sin esfuerzo. Entonces sí que quedaría robustecida la seguridad del tráfico a través del Registro, en vez de verse tan debilitada en beneficio de la seguridad jurídica. Porque el contenido de la inscripción -y en su caso de la publicación- no puede considerarse conocido por todos -lo cual, al menos, podría proteger al tercero mediante la posibilidad de la contraprueba-, sino que el tercero está obligado a conocerlo. Y no le sirve alegar como contraprueba el desconocimiento, porque, en el mejor de los casos, tendrá que demostrar que ese desconocimiento no es culposo (§ 68 BGB), y en muchas ocasiones ni eso le valdría (véase lo que se dice, a este respecto, en la sección segunda de este trabajo).

Pero los Registros pueden tener además otra consecuencia, que supone igualmente un peligro inmediato para la seguridad del tráfico. Hasta ahora hemos venido suponiendo, implícitamente, que las inscripciones y las publicaciones son exactas, es decir que se corresponden con los hechos y las relaciones jurídicas existentes. Pero el tercero tendrá por cierto lo que está inscrito en el Registro -y publicado oficialmente-, y creará que la información del Registro es auténtica, y por tanto que está dispensado de otras averiguaciones. Pero no siempre es así. La denominada *República del Registro*, que supondría efectivamente un incremento de la seguridad del tráfico, deriva efectivamente del Registro de la Propiedad, pero para el resto de los Registros es desconocida. Por lo tanto, la inscripción y la publicación oficial inducen al público a creer en una seguridad del tráfico que realmente no existe, y que, por consiguiente, en el momento decisivo se le niega.

IV

Como se desprende de lo expuesto hasta ahora, la seguridad jurídica y la

seguridad del tráfico solamente pueden alcanzarse a costa de la *celeridad del tráfico*, en cada inscripción registral, en cada expedición de un documento habitual, existe un obstáculo para la conclusión de un negocio. De la misma manera, antes de la ejecución de un acto jurídico es necesario informarse en el Registro acerca de las circunstancias que concurren, e incluso en la cesión de un crédito a través de un documento al portador -porque presupone la transmisión de un título de deuda, y por tanto hace necesaria su presencia-, Solamente en el caso de que la seguridad del tráfico no requiriera una actividad de las partes, sino que derivara directamente de una disposición legal, la cosa sería distinta: así, el principio de confianza [*Hand wahre Hand*] no tiene como consecuencia una obstaculización del tráfico, pues cada poder legal y cada poder con contenido legalmente predeterminado, conlleva, junto a una elevada seguridad del tráfico, una considerable agilización del mismo, ya que hace innecesaria la prueba del otorgamiento del poder y del contenido de las facultades representativas. Piénsese en el poder de llaves, en la *Prokura*⁷, en la situación jurídica del patrón del buque fuera de su puerto de origen, etc.

Pero no toda dificultad impuesta al tráfico es mala en sí misma y por sí misma -puede ser aconsejable en operaciones precipitadas-, pero por regla general cuesta dinero y en todo caso cuesta tiempo, que como se sabe es igualmente dinero, sobre todo para los comerciantes que tienen que descuidar por este motivo -ellos o sus empleados- otros asuntos lucrativos.

Por lo tanto, para el legislador constituye una cuestión de política jurídica y para el comerciante una cuestión de política comercial, el determinar si, en algunos casos, la seguridad jurídica o la seguridad del tráfico deben anteponerse a la agilidad del tráfico, o ha de ser al revés. Muy a menudo el legislador se decide por lo primero, mientras que el comerciante, sobre todo cuando se trata de negocios urgentes, no tiene reparos en renunciar a una seguridad a ultranza, e incluso, en determinadas circunstancias, no tendrá tampoco inconveniente en renunciar también a toda seguridad jurídica y seguridad del tráfico. Esto se ve en el tráfico civil de todos los días, y mucho más en el tráfico mercantil que, como se suele decir, está inspirado en la buena fe [*Treu und Glauben*]. Claro está que en este caso no estamos hablando de un principio jurídico, sino de un *principio comercial*⁸, que supone que se espera, y que se debe esperar, que una parte no abusará de la confianza de la otra, no explotará su inseguridad, y llegado el caso, podrá contar con la predisposición amistosa

de la otra parte.

Ciertamente, esta controversia puede llevarse muy lejos. Pero entre ambos polos opuestos [*Gegenpolen*], es decir entre una postura tolerante y flexible en la celebración de los negocios, y un ejercicio vejatorio de una posición jurídica -tal ejercicio, en su forma más ruda, es incluso condenado por la ley (§ 226 BGB)- existe un amplio campo donde la “facilidad de los negocios” [*Kulanz*], propia del comercio, presta al tráfico mercantil su carácter propio. Para un comerciante sería imposible y ruinoso tratar de aplicar, en su trato directo con el público, un Derecho “formal”, rígido. Igual que la lucha por el Derecho, también puede ser una obligación la renuncia al Derecho, sin la cual, a causa de la satisfacción buscada por el propio interés, muchos medios establecidos para la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico se convierten en trabas insoportables para el tráfico.

SECCIÓN SEGUNDA: *La fe pública del Registro Mercantil*

Para el tráfico mercantil, el principal instrumento de protección de la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico es el *Registro Mercantil*. Esta institución supone para la investigación científica un tema extraordinariamente complejo, sobre todo desde la entrada en vigor del nuevo Código de Comercio.

Las inscripciones en el Registro mercantil se configuran como documentos en los cuales, en determinadas circunstancias, el Juez encargado del Registro se pronuncia, en parte dando fe de sus propias *observaciones* [*Wahrnehmungengeri*], y en parte expresando sus propias *convicciones* [*Überzeugungen*].

Las propias observaciones las extrae el Juez, sobre todo, de las manifestaciones *personales* de los interesados o de sus representantes. Da fe de que una persona ha efectuado una determinada declaración -que por regla general consiste en que ha surgido o se ha extinguido una determinada relación jurídica-o, en su caso, que determinada relación jurídica ha debido surgir o extinguirse -mediante la inscripción-. Pero también en los casos de manifestaciones por escrito, el Juez da fe, por su propia observación, de que se han cumplido determinadas disposiciones legales sobre la forma (legitimación de la firma) (§121 HGB). También da fe, por observación propia, de que, en caso de representación del interesado, se ha cumplido la forma exigida por la ley para el poder (§ 12II), y después da fe de si, para la transmisión del derecho a

un interesado, se ha empleado el medio exigido por la ley (otorgamiento de documento público, § 12 II).

Pero, a la vez, el Juez expresa, a través de cada inscripción, su convicción de que se han cumplido todas las demás exigencias legales para que exista una inscripción eficaz -lo que presupone que, a juicio, no existen obstáculos legales que la impidan, pues si los hubiera, no hubiera procedido a practicar la inscripción-. Por lo tanto, el Juez no sólo ha de examinar los presupuestos formales de la inscripción, a que antes se ha hecho referencia, sino también sus presupuestos materiales; estos últimos con distinto alcance según los hechos que han de ser inscritos. De este modo, ha de examinar la capacidad jurídica de los interesados, y en el caso de solicitud [de inscripción] de un nombre comercial, no sólo la cualidad de comerciante pleno [*Vollkaufmanns-Eigenschaft*]⁹ del interesado, sino también la licitud de la empresa; sin embargo, en el caso de otorgamiento de un poder general [*Prokura*], sólo ha de examinar la cualidad primeramente citada, y en caso de inscripción de una sociedad anónima ha de verificar el cumplimiento de numerosas exigencias, sobre la base del documento [*Schriftstück*] presentado. Por lo tanto, cuando el Juez practica una inscripción, con ello está también dejando constancia de su convencimiento de que los comparecientes tienen capacidad legal y son comerciantes plenos [*Vollkaufleute*]¹⁰, que el nombre comercial de que se trate cumple, de forma positiva y negativa, los requisitos legalmente requeridos, entre ellos que se diferencia de los demás nombres comerciales inscritos en el mismo lugar o en el mismo municipio, *etc.* Pero cuando el Juez practica una inscripción de oficio, en los casos excepcionales en que está autorizado para hacerlo (por ejemplo, § 31 II HGB y §§ 141 a 144 FGG [Ley de Jurisdicción Voluntaria]) está dejando constancia de su convicción de que todas las premisas legales exigibles para que la inscripción pueda efectuarse, se han cumplido realmente.

Por consiguiente, el carácter legal de las inscripciones en el Registro Mercantil no deja lugar a dudas. En cambio, lo que se refiere a su *eficacia sobre la seguridad jurídica y sobre la seguridad del tráfico* es una cuestión en la que domina una gran inseguridad y en la que existe gran diversidad de opiniones. Es indudable un efecto *negativo*: que un hecho no inscrito, en tanto no sea inscrito y publicado oficialmente, no puede ser opuesto a un tercero por aquél a cuyo favor debía haberse inscrito, a no ser que le fuera conocido

(§ 15 I HGB). Por lo demás, para llegar a conclusiones más seguras, se debe hacer una clara diferenciación entre los efectos de la sola inscripción y los efectos de la publicación oficial del hecho inscrito:

1) Por lo que se refiere a los efectos de la *inscripción*, cabe dar por ciertos dos aspectos, uno positivo y otro negativo.

El *positivo* consiste en que las inscripciones practicadas en el Registro, en la medida en que acreditan observaciones *\Wahrnehmungen* del Juez, y sólo en esa medida, aportan, como documentos públicos, la *prueba plena* de los hechos observados. Así, por ejemplo, que determinadas personas han hecho una declaración ante el Juzgado, y cuál es el contenido de su declaración. Ahora bien, si lo manifestado en la declaración es realmente verdad y si la relación jurídica -con o sin ayuda de la inscripción posterior-realmente ha surgido o se ha extinguido, son cuestiones que quedan sin resolver.

También es incuestionable que el efecto *negativo* supone que la inscripción, por sí sola, es decir, en tanto no haya sido publicada, no puede ser opuesta a un tercero, sino en el caso de que concurren determinados presupuestos, igual que en el caso de que ni siquiera se hubiera practicado la inscripción; y el tercero, incluso después de haberse practicado la inscripción, no está obligado a conocer los hechos que sólo han sido inscritos. Únicamente hay que exceptuar de lo anterior, aunque a juicio de un autor¹¹, las inscripciones constitutivas.

Sin embargo, los juristas vienen aceptando, con la misma única excepción, que el tercero *tampoco tiene derecho a invocar* un hecho inscrito simplemente porque esté inscrito. Sin embargo, entre los comerciantes se tiene otra opinión a este respecto. En ese círculo se piensa que puede confiar en el Registro Mercantil el tercero de buena fe que no tiene noticia de otra cosa; es decir, que tercero debe tener por cierto un hecho sólo porque esté inscrito, y quien afirme que la inscripción no es exacta debe demostrar no sólo esa falta de exactitud, sino también que el tercero conocía la falta de exactitud. Según este criterio, las inscripciones en el Registro Mercantil gozan de fe pública. Pero la opinión de los comerciantes no va más allá. Cuando en la Comisión de Expertos para la elaboración del nuevo Código de Comercio se dijo que las inscripciones del Registro Mercantil debían contener la verdad y debía rechazarse la posibilidad de impugnar la inexactitud, probablemente se debió más a un error de concepto que a un verdadero convencimiento. Si se pregun-

ta a un comerciante si él seguiría reconociendo a un apoderado cuando su principal le ha comunicado la revocación del poder, aunque todavía no se haya practicado la cancelación en el Registro, su respuesta no deja lugar a dudas.

La opinión de los comerciantes de que la sola inscripción en el Registro Mercantil goza de fe pública no tiene fundamento en el Código de Comercio, y por ello -como se ha dicho-no es compartida por los juristas. Sin embargo, según Staub¹², la inscripción implica *una presunción de exactitud de los hechos inscritos*. Es decir que, según esto, quien invoca un hecho inscrito está dispensado de toda prueba, pero no puede impedir que su oponente demuestre su error. Staub se apoya, para defender su punto de vista, en el hecho de que el Juez sólo procede a practicar la inscripción cuando está convencido de la exactitud del hecho manifestado. Sin embargo, el convencimiento del Juez sólo será posible en la medida que haya verificado los presupuestos de la inscripción; y si está obligado a hacer esa verificación, hay que suponer que esta obligación ha sido cumplida. Sin embargo, con respecto a los demás presupuestos sobre los que no haya tenido que hacer comprobaciones, existirá como mucho un *non liquet*: el Juez no ha tenido conocimiento de nada que se oponga a la exactitud del hecho inscrito, y es pensable que sobre ello exista una amplia presunción general.

Otros autores limitan la eficacia de la inscripción a una *presunción de legalidad*¹³, es decir que, con arreglo a la ley, el hecho de que se trate ha sido inscrito en el Registro Mercantil tal como efectivamente fue. Éste parece ser también el punto de vista del Tribunal Imperial *Reichsgericht*. En la sentencia citada se hace constar estas frases antes transcritas: “Un nombre comercial ilícito [contrario a Derecho, *unzulässig*] no se convierte en lícito por el hecho de que haya sido declarado al Registro Mercantil e inscrito en él. Pero la inscripción no es, en este caso, un acto indiferente. Si no se aporta la prueba de que los hechos en que se basa son contrarios a la verdad, genera la presunción de que su contenido es legal”. Esta opinión no encuentra, ciertamente, ningún apoyo en el Código de Comercio, pero se adhiere uno a ella con gusto. En la medida, por tanto, en que el Juez ha de comprobar los presupuestos de una inscripción, en esa medida ha de aceptarse que esos presupuestos se han producido verdaderamente: el que invoque la exactitud de un hecho inscrito, queda eximido de probar el hecho mismo; o expresado con mayor

corrección: le basta con probar la inscripción. Por lo demás (con alguna excepción) la simple inscripción es irrelevante para la seguridad jurídica y para la seguridad del tráfico. El tercero no necesita conocer el hecho inscrito, porque esté inscrito, ni tiene que confiar en su corrección.

2) Esta irrelevancia de la inscripción *queda modificada con su publicación en los periódicos oficiales* (el Boletín de Anuncios Oficiales [*Reichsanzeiger*] y, como mínimo, otro periódico: § 10 I HGB). En el caso en que el hecho corresponda a aquellos que han de ser publicados por la autoridad registral, y a la inscripción haya seguido la publicación en la forma prescrita, entonces surge un importante efecto jurídico: mientras que el hecho que había de ser inscrito, o que sólo ha sido inscrito, no puede ser opuesto al tercero más que excepcionalmente, a partir de ahora [de la publicación] podrá serle opuesto aunque no lo conozca, pues tras la publicación debe conocerlo, y solamente en casos muy excepcionales no deberá conocerlo: cuando no lo haya podido conocer. Esto es indiscutible y deriva, incuestionablemente, del § 15.

Pero, según la opinión ampliamente predominante, la publicación oficial, sobre la base del § 15, tiene *otro importante efecto*. Cuando un hecho inscrito se ha dado a conocer, el tercero de buena fe puede confiar en él, y por lo tanto está facultado para tener *por cierto un hecho que no lo sea* -en tanto esa inexactitud le resulte desconocida-sólo por el hecho de haber sido inscrita y publicada. A este respecto, Düringer y Hachenburg dicen (página 83): “el tercero puede invocar la inscripción registral cuando su buena fe está cubierta por el contenido del Registro y de la publicación, o por la falta de una o de otra. El significado del § 15 tiene una doble dirección: ...protege al tercero de buena fe, cuando invoca el contenido del Registro o que un hecho que debía haberse inscrito no ha sido inscrito y publicado (§ 15 I). Para él, la situación que resulta del contenido del Registro es como si fuera realmente así y estuviera ajustada a Derecho”. De un modo parecido opina Staub: “Esos dos actos juntos (inscripción y publicación) confieren a la relación jurídica la publicidad, cuyos efectos consisten en que cabe oponer al tercero el contenido del Registro, y, a la inversa, el tercero de buena fe puede invocarlo (§ 15)”. El mismo autor, sin embargo, en otro lugar de su obra (página 103, nota 1 al § 15) restringe esa eficacia respecto de las modificaciones jurídicas que han de ser inscritas, y en un importante supuesto práctico, como es la relación del tercero con “aquella persona de cuya relación jurídica trata la inscripción”. Además, dice Lehmann (en su *Comentario*, escrito con Ring, pág. 68): “El

tercero tiene que soportar que el hecho le perjudique. Por supuesto, también aquél a cuyo favor fue inscrito debe soportarlo¹⁴.

El Tribunal Imperial [*Reichsgericht*] se ha pronunciado en el mismo sentido, aunque no sin ciertas dudas. En la sentencia de la Sala 6^a de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 1902 (t. 50, pág. 431), dice, refiriéndose al § 15 apartado 2: “Debe aceptarse sin reservas que el legislador considera normal que aquél a cuyo favor se han hecho la inscripción y la publicación, puede oponer el hecho frente al tercero, pero también debe soportar que lo hagan valer contra él, cuando el tercero no lo conocía o no podía saber que la inscripción no correspondía a la verdadera situación¹⁵”.

Por lo tanto estamos, realmente, ante tres distintas opiniones¹⁶. De una manera general, se reconoce, sin más, el efecto de la fe pública como consecuencia de la inscripción y de su publicación, que sería el primer punto de vista; un segundo punto de vista reduce ese efecto a la relación entre el tercero y aquél a cuyo favor se hizo la inscripción (el interesado en la inscripción); y por último un tercer punto de vista considera que ese efecto debe restringirse aún más, y limitarse a las modificaciones jurídicas. Los tres puntos de vista citados no se fundamentan con detalle, sino que se consideran consecuencias evidentes del § 15.

Frente a esto, yo tengo el propósito de demostrar que § 15, que es el que se invoca para mantener ese criterio, no contiene la más mínima referencia a la cuestión; de manera que del §15 mismo y de otras disposiciones del Código de Comercio se deduce lo contrario. Más aún: que, si se pudiera Reconocer al Registro Mercantil el efecto de fe pública en sentido positivo, no tendría ningún sentido vincularlo al requisito de la publicación, y, sobre todo, y por último, que en aquellos casos en que el Código de Comercio reconoce, excepcionalmente, al Registro Mercantil un efecto positivo en beneficio de terceros, ese efecto deriva de la inscripción, y no está vinculado a la publicación.

I

El § 15 del Código de Comercio dice:

“En tanto un hecho inscribible en el Registro Mercantil no haya sido inscrito y publicado, no podrá ser opuesto al tercero por aquellos a cuyo favor debió ser inscrito, a no ser que a aquél le fuera conocido.

Si el hecho ha sido inscrito y publicado, el tercero debe soportarlo, a no ser que ni lo conociera ni debiera conocerlo.

En el tráfico mercantil con una sucursal inscrita en el Registro Mercantil será determinante, a los efectos de esta norma, la inscripción y la publicación por el Tribunal al que corresponda la sucursal. ”

El primer párrafo refuerza la seguridad del tráfico a costa de la seguridad jurídica, y el segundo párrafo refuerza la seguridad jurídica a costa de la seguridad del tráfico. El primer párrafo garantiza a un tercero una gran seguridad frente a los hechos que le sean desconocidos y que puedan tener para él consecuencias jurídicas, mientras que el segundo párrafo le impone una obligación de información para el caso de que los hechos hayan sido inscritos y publicados. Según el primer párrafo, un tercero no necesita conocer determinados hechos, y no debe soportar que los hagan valer contra él *en tanto* no hayan sido registrados y publicados; conforme el segundo párrafo, debe conocer los hechos y soportar que los hagan valer contra él, *tan pronto* como hayan sido inscritos y publicados.

Así pues, en el primer caso se exculpa el desconocimiento, incluso en el caso pudiera tener efectos negativos, mientras que en el segundo caso se exige el conocimiento y por tanto su ignorancia produce efectos negativos, incluso en los casos en que, de otro modo, sería exculpatoria.

Por ejemplo, si el hasta ahora titular de un establecimiento mercantil lo enajena con su nombre comercial, y un tercero, que no sabe nada de ello, celebra un negocio con un representante de la empresa, entonces, si el § 15 no existiera, el tercero no podría plantear ninguna reclamación al anterior titular, y tendría que plantear la reclamación al nuevo titular del negocio (§119 BGB), el cual debería ser responsable de las consecuencias (§ 122 BGB).

Según el § 15, es determinante para los efectos del negocio, si el cambio de titularidad se ha inscrito en el Registro Mercantil y se ha publicado, o no. En el primer caso, el tercero tiene que soportar el hecho (apartado 2), y por lo tanto el anterior titular puede rechazar cualquier obligación derivada del negocio, y el nuevo titular puede exigir del tercero el cumplimiento de sus compromisos, sin que éste pueda alegar ningún error. En el segundo caso es el primer titular quien está obligado al cumplimiento frente al tercero, y éste puede rechazar cualquier relación con el nuevo titular, como, por ejemplo, si el nuevo titular pretendiera reclamarle una prestación que tuviera contra el primer titular, ya que “aquél a cuyo favor debió ser inscrito” es tanto el anterior titular como el actual, y ninguno de los dos “puede hacer valer frente al tercero el cambio en la titularidad” (apartado 2). Sin embargo, el tercero no

está legitimado para la impugnación del negocio por causa de error, ya que el anterior titular se ha convertido en su deudor -si [ello ha sucedido] por efecto de la ley o por efecto del contrato, le es indiferente-, y por tanto en este aspecto no ha incurrido en error.

En tanto el hecho de que se trate no haya sido inscrito y publicado, su *conocimiento real* perjudica al tercero, siempre que ese conocimiento del hecho pueda ser demostrado por la otra parte -en nuestro ejemplo, el titular anterior o el actual- (apartado 1): si consigue probarlo, entonces el primer titular queda libre de cualquier obligación, y naturalmente no cabe ninguna impugnación basada en un error.

Si, por el contrario, el hecho de que se trate ha sido inscrito y publicado, entonces el tercero debe soportar que se haga valer contra él¹⁷, es decir, el desconocimiento sólo le exculpa si “no pudo conocer” (apartado 2), y esto sólo puede significar que él, a pesar de haber puesto todo el cuidado que la ley exige, es decir a pesar de haber podido recibir el Boletín de Anuncios Oficiales [*Reichsanzeiger*] u otro medio de publicación, no ha podido conocer la publicación. Pero ha de demostrar ambas cosas: tanto su desconocimiento del hecho como su imposibilidad de conocer la publicación¹⁸. Si lo consigue, entonces la relación jurídica ha de ser considerada como si la inscripción y la publicación no se hubiesen producido. En este caso no solamente se habría eliminado el efecto negativo sobre el tercero a que se refiere el apartado 2, sino que se habría logrado el efecto positivo a que se refiere el apartado 1. Por tanto, no entra en juego el Derecho civil: el tercero no está ni obligado ni necesitado de impugnar el negocio celebrado aduciendo el error. Y si el tercero consigue demostrar que no conocía el hecho de que se trate, pero no puede demostrar que no pudo conocer, entonces tampoco cabe una impugnación basada en error. Ese error sería, según el apartado 2, indisciplable. La posibilidad de conocer se equipara plenamente al conocimiento. El § 15 regula las relaciones jurídicas entre las personas interesadas en la inscripción y los terceros, de manera que excluye la aplicación del Derecho civil tanto en favor del tercero (seguridad del tráfico) como en favor de la otra parte (seguridad jurídica)¹⁹.

Pero ¿quiénes son esas “personas interesadas en la inscripción” a las que acabo de designar de una manera tan general? Aparentemente, el apartado 1 y el apartado 2 hacen una diferenciación radical. El apartado 1 impide la oponi-

bilidad del hecho inscribible, en tanto no haya sido inscrito y publicado, sólo por “aquellos a cuyo favor debía haberse inscrito”, es decir, los interesados, aquellos a quienes la inscripción da alguna ventaja frente al tercero; mientras que en el apartado 2 hace oponible al tercero el hecho inscrito y publicado sin ninguna limitación respecto de personas determinadas.

Esta distinción tiene un buen fundamento.

Aquellas personas que pueden solicitar la inscripción y la publicación, y de esa manera, beneficiarse de la gran ventaja que para ellos supone el apartado 2 (“los interesados en la declaración”, los denomina el § 16 I), deben soportar, sin duda alguna, el perjuicio del apartado 1, en tanto en cuando omitan aquella solicitud. Más aún, cuando el legislador les presiona a no demorar la manifestación del hecho inscribible²⁰. Pero las personas no legitimadas no deben resultar perjudicadas con ello; tales personas pueden oponer al tercero el hecho inscribible [antes de la inscripción].

Pero si el hecho ha sido inscrito y publicado, y por tanto el tercero ha tenido que conocerlo, no se entendería por qué cualquier persona no puede invocar el Registro. No tendría sentido, en este caso, otorgar ventaja a aquellas personas a cuyo favor se hizo la inscripción.

II

Resulta, pues, -y este es el verdadero sentido del § 15-, que existen hechos que, por regla general, un tercero debe conocer tras su inscripción y publicación, pero que no necesita conocerlos antes. Se podría estar de acuerdo con Thól (*Derecho mercantil*, pág. 181) en designarlos hechos *de innecesario conocimiento [befreiende Tatsachen]*, y contraponer a ellos los hechos *de necesario conocimiento [verpflichtenden Tatsachen]* -ambos desde la perspectiva del interesado en la inscripción-. Pero esta contraposición ya no es sostenible desde la entrada en vigor del nuevo Código de Comercio, porque ahora muchas de las personas que emprenden negocios adquieren la cualidad de comerciantes desde el momento de la inscripción de la empresa en el Registro; en algunos casos, esa cualidad es de innecesario conocimiento, y en otros, de necesario conocimiento. Por ello, no debe caracterizarse el § 15 por los hechos a los que se aplica, sino por los *efectos* que esos hechos despliegan: son los efectos *desfavorables* que determinados hechos producen respecto de terceros, y que derivan precisamente de la existencia del § 15.

La Ley denomina esos hechos, de una manera muy general y abstracta,

“hechos obligatoriamente inscribibles”. En casos concretos estos hechos se convertirán, naturalmente, en “inscritos”. Dentro de ese concepto engloba aquellos hechos que han de ser notificados (cuya notificación es obligatoria, y el incumplimiento es sancionado, § 14 HGB), y aquellos otros que -unos a través de notificación y otros no-deben -o pueden-ser inscritos. Todos esos hechos están determinados por la ley, y la inscripción de cualquier otro no tiene ningún efecto jurídico, pues nadie, salvo el legislador, puede determinar la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico con eficacia frente a terceras personas (véase lo dicho más arriba). Así, por ejemplo, una limitación al poder pleno [*Vollmacht*] de una sociedad colectiva no es un hecho inscribible, y por lo tanto su inscripción y publicación no producen absolutamente ningún efecto²¹.

A los efectos del § 15, sólo han de tomarse en consideración aquellos hechos que han de ser *oficialmente publicados*, pero en tanto la Ley no diga otra cosa (§ 32 HGB) todos han de ser publicados (§101HGB); cuando sólo una parte de la inscripción ha de ser publicada (§§ 162 11 y 175 HGB), rigen las disposiciones del § 15 únicamente respecto de esa parte, y en aquellos casos en que la Ley exige la publicación de un hecho aunque éste no sea inscribible (§§ 199, 201 IV y 277 II), entonces el § 15 no es de aplicación.

Solamente deben ser inscritos hechos exactos (véase lo dicho más arriba). Si el titular de un negocio mercantil no lo ha enajenado, o no lo ha enajenado en favor de X, entonces no debe inscribirse la enajenación, y por supuesto no debe figurar X como nuevo titular en la inscripción. Si el principal no ha otorgado un poder, no debe inscribirse poder alguno. Si varias personas dirigen conjuntamente un negocio, pero no se trata de un negocio mercantil, el Juez encargado del Registro no debe proceder a la inscripción como si se tratara de una empresa mercantil, *etc.*

Si, a pesar de ello, el Juez inscribe un hecho que no es exacto, el tercero no tiene por qué soportar su oponibilidad. El párrafo segundo del § 15 no ha de entenderse en el sentido de que tercero ha de considerar el hecho oponible simplemente porque haya sido inscrito y publicado, sino en el sentido de *después* de haber sido inscrito y publicado, por contraposición a las palabras “en tanto no...” que emplea el primer párrafo.

Ciertamente, hay importante excepciones a lo que se ha dicho. El Código contempla una serie de casos en que la inscripción es sanatoria o convalidan-

te (en el sentido a que nos hemos referido antes), en los cuales por tanto la inscripción que no es exacta despliega los mismos o semejantes efectos que en los casos en que el hecho inscrito es exacto, y por tanto, no sólo en favor del tercero -que la puede dar por exacta-, sino también a favor de la persona inscrita -de manera que el tercero tiene que soportar la oponibilidad-. Así, por ejemplo, la inscripción de una empresa conforme al § 5, o de una sociedad anónima conforme al § 200. Más adelante haré referencia detallada a estos casos. Pero si no estamos ante una excepción, la regla ha de ser que el hecho inexacto, a pesar de su inscripción y su publicación, no produce efectos frente a tercero. Si el tercero ha de probar la falta de exactitud o es su oponente quien ha de probar la exactitud, ha de determinarse conforme a las reglas generales de prueba, modalizada por la presunción de legalidad que lleva consigo toda inscripción. Si la propia notificación fue inexacta, es algo indiferente; si a pesar de que la notificación fue inexacta, el hecho fue inscrito y publicado correctamente, el tercero tiene que soportar que se haga valer contra él. Inscripción exacta y publicación inexacta excluyen, naturalmente, la aplicación del § 15, párrafo 2, pero también la inscripción inexacta con publicación exacta, pues esta última no tiene significación propia: su contenido ha de verificarse con el contenido del Registro, y por tanto debe coincidir con él. Por ello no son necesarias disposiciones especiales que determinen, en caso de discrepancia entre inscripción y publicación, cuál de ellas ha de prevalecer; en tales casos lo que procede es aplicar el § 15, apartado 2²² y tener en cuenta el efecto del apartado 1: el tercero que desconozca el hecho que ha de ser inscrito, es decir, el hecho exacto, no tiene por qué admitir su oponibilidad: aunque estuviera inscrito, si no había sido publicado, más que inexacto, el hecho es inexistente. Sólo cuando el §15 despliegue un efecto positivo en favor del tercero, éste podrá confiar en la exactitud de los hechos inscritos y publicados, aunque sería necesario un pronunciamiento legal acerca de si debe prevalecer la inscripción o la publicación.

Es irrelevante, para la aplicación del § 15, que la inscripción tenga carácter *constitutivo* o que no lo tenga²³. En el primer caso, el hecho inscribible no tiene existencia legal antes de la inscripción (véase lo dicho más arriba), y por consiguiente no puede ser opuesto al tercero -tanto si éste lo conoce como si no lo conoce-; más bien sería en este caso la propia inscripción la que debería ser objeto de conocimiento o desconocimiento, y los perjuicios sólo podrían

derivar de la publicación (§ 15, párrafo 1). Indudablemente, a la propia inscripción no se la puede considerar “hecho inscribible”, y no puede englobarse bajo esa denominación aunque aparentemente exista la misma *ratio legis* (perjuicio del tercero derivado de un hecho nuevo). Absolutamente decisivo para la aplicación del § 15 es la circunstancia de que exista un hecho, como es la dirección de una empresa, cuya inscripción produce el efecto de atribuir la cualidad de comerciante a quien dirige aquélla (§§2y3IIHGB) o no (§ 1), sin que el legislador tenga que hacer distinción alguna sobre la publicación de la inscripción o sobre la aplicabilidad del § 15.

De hecho, la opinión dominante considera que el § 15 es aplicable también a las inscripciones constitutivas pero, naturalmente, sólo cuando han sido publicadas oficialmente. Si algunos autores, en algunos casos aislados, ponen reparos a este punto de vista, ello se debe a que confunden la eficacia constitutiva y la eficacia sanatoria de la inscripción, sobre lo que se ha alertado anteriormente. Precisamente en los principales casos de inscripción constitutiva va unido, como efecto añadido, que tanto los terceros como los interesados en la inscripción -y tanto si tienen buena o mala fe-tengan que invocar el hecho inscrito, de manera que la inscripción inexacta, en tanto no sea cancelada o rectificadas, es considerada ajustada a Derecho.

La inscripción despliega en ambos casos, no sólo su eficacia *constitutiva*, sino también su eficacia *sanatoria*, de manera que el tercero no puede discutir -hasta donde alcanza la fuerza sanatoria o convalidante de la inscripción-la *existencia* del hecho inscrito, ni siquiera aduciendo su inexactitud (como no cabe oponerle, si invoca la inscripción, que conocía la inexactitud), *pero el tercero puede, sin embargo, rechazar la oponibilidad derivada de la publicación*, y, además, puede probar que ni conoció ni pudo conocer la inscripción.

Para la comprensión de esta compleja materia, y para aclarar el problema de la fe pública del Registro Mercantil, puede contribuir el que yo aplique la normativa legal antes expuesta a casos concretos de inscripción constitutiva. Hay que advertir que la eficacia constitutiva, en su aspecto *negativo*, supone que una relación jurídica, sin ella, no podría alcanzar la existencia, y que, en su aspecto *positivo* despliega consecuencias muy diversas: desde un *efecto jurídico aislado* hasta *todo un amplio complejo de efectos jurídicos*.

1) La inscripción de un nombre comercial produce efectos constitutivos de dos maneras.

En primer lugar se crea, a través de ella, un derecho de exclusiva local

[*das Recht örtlicher Ausschliesslichkeit*] al uso del nombre comercial (§30 HGB)²⁴. Por lo tanto, si un nombre ya ha sido inscrito, pero todavía no ha sido publicado, su utilización por otro *no está permitida* (Código de Comercio, artículo 37 11), y si lo hace será sancionado (§ 37 II). Pero aquél á cuyo favor se ha inscrito el nombre comercial no puede, ni pretender que aquél se abstenga de usar el mismo nombre, ni exigirle daños y perjuicios, a no ser que conozca la inscripción.

La inscripción de un nombre comercial produce el efecto de atribuir al *negocio* el carácter de *industria mercantil*, y al *empresario* el carácter de *comerciante* (§ 2 HGB). Otro tanto cabría decir del explotador agrícola o forestal, sobre la base de la inscripción de su empresa (§ 3 II HGB), y en todo caso, una sociedad, por efecto de la inscripción, se convierte en sociedad mercantil (§§ 123 II y 161III HGB). Respecto de aquellas empresas cuya actividad ya sea, por si misma, mercantil (§ 1), es decir, que sean comerciantes sin necesidad de inscripción, su inscripción no tendrá carácter constitutivo,²⁵ y en el caso del pequeño comerciante [*Minderkaufmann*]²⁵ (§ 4) no tendrá siquiera que inscribir su nombre comercial. Todas estas disposiciones quedan profundamente afectadas por el § 5 (“Si una empresa está inscrita en el Registro Mercantil, no puede oponerse a aquél que invoca la inscripción, que el negocio llevado bajo ese nombre comercial no tiene carácter mercantil, o que corresponda a alguno de los establecimientos incluidos en el § 4, párrafo 1”), y en este caso es muy discutible la aplicación del § 15 y del § 5 en relación con los §§ 1 al4.

El § 5 significa que cuando uno o varios empresarios tienen inscrito un nombre comercial, nadie tiene necesidad de entrar en una discusión sobre el hecho de si el negocio desarrollado bajo tal nombre tiene carácter mercantil, o si tiene carácter mercantil pleno [*Vollhandelsgewerbe*]²⁶, nadie será atendido si pretende alegar que la inscripción es errónea por uno de esos dos motivos. Ese efecto surge con la inscripción del nombre comercial, y con ella queda zanjada la cuestión de si el empresario es o no comerciante.

La inscripción del nombre comercial tiene pues, conforme al § 5, una eficacia *convalidante*, de manera que para el comerciante al que se refiere el § 1 tiene *solamente* un efecto convalidante, y para el comerciante al que se refiere el § 2, el § 5 tiene eficacia *constitutiva*, y, además, eficacia *convalidante*²⁷. Pero la eficacia convalidante es *relativa*, porque únicamente excluye que se

pueda discutir por los dos motivos citados, pero, por ejemplo, si el interesado no tiene negocio alguno, o su negocio no se corresponde con el desarrollado bajo el nombre comercial inscrito, la inscripción, a pesar del § 5, queda privada de toda eficacia jurídica.

Así pues, el efecto de fe pública que tiene la inscripción no significa que el tercero pueda confiar sin más en la exactitud del hecho inscrito; pero la eficacia de la inscripción va mucho más allá de la buena fe, porque tanto el *tercero* como *la propia persona inscrita*, pueden invocarla -y tanto si aquél como ésta saben que el negocio no tiene carácter mercantil-. Pues la cualidad de comerciante lleva consigo, -como ya se ha dicho más arriba-, en unos casos ventajas y en otros desventajas para quien la ostenta y para las personas que se relacionan con él -piénsese, por ejemplo, en los §§ 353, 369 y 377 del Código de Comercio-. Por eso, la aplicación de los efectos legales no puede dejarse a la casualidad o a la arbitrariedad de una u otra parte, y cuando sus efectos se producen, deben afectar a ambas partes. Cada cual debe saber a qué atenerse: se trata de una cuestión de seguridad jurídica y de seguridad del tráfico, a las que contribuye el § 5. En tanto el nombre comercial esté inscrito, existe plena certeza para todos de que la persona inscrita, en la medida en que desarrolla un negocio (bajo ese nombre), es verdaderamente comerciante. El Juez le ha conferido esa cualidad mediante la inscripción, y *ni él mismo ni un tercero pueden después cuestionar su existencia*.

Pero si el tercero desconoce la inscripción del nombre comercial -puesto aún no ha sido publicada-, y no necesita tampoco conocerla, ¿no ha de poder *rechazar* el efecto de esa cualidad? El Código o aclara de si § 15 es aplicable en este caso. Hasta que se produce la publicación oficial, el tercero tiene ese derecho frente a la persona inscrita, e incluso después tiene la posibilidad de probar que no conocía ni tenía posibilidad de conocer la inscripción²⁸. Pero, naturalmente, no puede rechazar sólo los efectos desfavorables de la inscripción, sino que con ello renuncia también a los efectos favorables. La situación jurídica de ambas partes ha de ser contemplada *como si la inscripción no hubiera tenido lugar*, y determina, según las diversas hipótesis en que incide la cualidad de comerciante, consecuencias diversas:

a) Si un empresario no inscrito tiene la cualidad de comerciante por el objeto de su negocio (§ 1, párrafo 2), entonces puede hacer valer dicha cualidad -y, eventualmente, también su cualidad de comerciante pleno [*Vollkauf-*

*mann*²⁹ - ante cualquier tercero, porque ambas cualidades son independientes de la inscripción del nombre comercial. Igualmente, el empresario no inscrito puede negar al tercero, que le atribuye la condición de comerciante –o en su caso de comerciante pleno– que sí lo es. Y a la inversa, también el tercero puede negarle, por los mismos motivos, las citadas cualidades.

Si a ese empresario le es inscrito el nombre comercial, la *afirmación* de ambas cualidades no cambia, dejando a un lado el hecho de que la inscripción tenga a su favor una presunción de legalidad (véase lo dicho más arriba), pero sí la *negación* [de tales cualidades]. La persona inscrita no puede negar, tras la inscripción, su condición de comerciante, con el argumento de que su negocio no es mercantil ni mercantil pleno, ni tampoco puede hacerlo un tercero que tenía conocimiento de la inscripción cuando concluyó con aquél el negocio discutido. Por el contrario, el tercero que no tenía conocimiento de la inscripción puede negar eficazmente la existencia de aquellas cualidades, en tanto no se haya producido la publicación, y aún después de la publicación si prueba que ni conocía la inscripción ni pudo conocerla.

b) Cuando el empresario adquiere la cualidad de comerciante *con la inscripción* de la empresa (§§ 2 y 3 II HGB), y también, naturalmente, la cualidad de comerciante pleno (§4 HGB), entonces, *antes* [de que se haya practicado esa inscripción] ni aquél frente al tercero, ni el tercero frente a aquél, pueden afirmar esa cualidad.

Después de practicada la inscripción, el empresario puede oponer su cualidad de comerciante al tercero que la conoce, es decir, a aquél que tuvo conocimiento [de esa cualidad] antes de la inscripción, y también a cualquier tercero inmediatamente después de hecha la publicación. También el tercero tiene libre la prueba de que ni conocía la inscripción ni pudo conocerla: y ello sin distinción de si la inscripción fue exacta (en el sentido de los §§ 2 a 4) o inexacta, pues en este último caso se despliega la misma eficacia, según el § 5, que si hubiera sido correcta.

La persona inscrita no puede *negar* frente al tercero, una vez hecha la inscripción, su cualidad de comerciante, probando que no tenía un negocio mercantil en el sentido del § 2 o del § 3 II. Y tampoco el tercero puede hacerlo contra él, aduciendo que tuvo conocimiento de ello antes de la inscripción, y en el momento de la celebración del negocio discutido. Sin embargo, si el tercero lo *desconocía*, puede negar la cualidad de comerciante hasta el momento

de la publicación de la inscripción de la empresa, porque hasta entonces no necesita en absoluto considerarlo comerciante. Hecha la publicación, sólo puede hacerlo si prueba que ni conocía la inscripción ni podía conocerla.

c) Si la empresa inscrita es posteriormente objeto de una cancelación en el Registro, subsistiendo sin embargo el negocio, cesa la eficacia de la inscripción, y por tanto desaparece la *eficacia convalidante* de la inscripción que establece el § 5, y para los empresarios del segundo grupo (b), también la *eficacia constitutiva*³⁰, aunque, naturalmente, sin eficacia retroactiva, es decir, que la situación jurídica permanece inalterada³¹ respecto de las relaciones jurídicas constituidas hasta ese momento, lo que basta a efectos de la regla de la seguridad jurídica. En el caso de cancelación de oficio (§31 II), la persona inscrita es informada con antelación, e invitada a ejercitar la oposición que considere oportuna (§ 141 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

Con la cancelación registral de la empresa, el comerciante del segundo grupo deja de serlo. Por el contrario, el comerciante del primer grupo puede, a pesar de ello, seguir siendo comerciante, aunque sólo pequeño comerciante; comerciante pleno únicamente si la cancelación fue contraria a Derecho; y, en ese caso, puede oponer su cualidad de comerciante a todo tercero.

Sin embargo, los comerciantes de ambos grupos no podrán oponer al tercero que desconozca la cancelación, su nueva situación jurídica, hasta que dicha cancelación haya sido publicada; y aquél [el tercero] que entre en relación con ellos después de la publicación, podrá probar que ni conocía la cancelación ni pudo conocerla.

2) Los mismos principios tienen aplicación en el caso de pluralidad de empresarios, cuya empresa, sobre la base del § 1 o del § 2 (§ 3II)³², haya sido inscrita, respecto a su cualidad de sociedad colectiva (o comanditaria): no cabe hablar en este caso de la cualidad de comerciante.

El tenor literal del Código de Comercio podría dar a entender lo contrario, a pesar de lo dispuesto en el § 6; ya que, mientras en el caso de comerciante individual no es la cualidad de comerciante lo que se inscribe, sino la empresa y sus sucursales (§ 29) en el caso de los comerciantes sociales [*Gesellschaftskaufleuteri*], la sociedad misma es el hecho inscribible (§ 106), y como también ha de ser publicada, quedaría sujeta en todo caso al § 15. A la vista de ello, no se acierta a comprender por qué el comerciante social es tratado,

en este punto, de manera distinta al comerciante individual, y del § 123 II se deduce (sobre todo si se atiende a la Memoria relativa a este precepto) que el legislador no tenía esa intención. Según el artículo 123 II, la eficacia de la sociedad -cuando gestiona una empresa, según el § 1, y por tanto fuera del caso del § 2 (§3 II)- en las relaciones con terceros comienza en el momento mismo en que inicia sus actividades, igual que la cualidad de comerciante en el caso del comerciante individual.

Pero no existe ningún motivo, tal como reconoce Kosack³³, para negar la aplicabilidad del § 15 sobre la base del primer párrafo del § 123. Dicho primer párrafo, aunque estaba ya en el antiguo Código de Comercio, incrementa la eficacia del nuevo § 5 cuando se trata de sociedades mercantiles; y cabría formular su contenido, manteniendo su terminología, de la siguiente manera: “Si la sociedad ha sido inscrita en el Registro, no puede oponerse a aquél que confía en ello, que la sociedad existe, pero su actividad comercial no ha comenzado”. Con ello, la objeción que según el § 5 todavía era admisible, queda excluida tanto para la persona inscrita como para el tercero, y la inscripción surte así un efecto todavía más convalidante que en el caso del comerciante individual. Aún así queda en pie la objeción de que no se ha concluido ningún contrato de sociedad³⁴. Por lo tanto no cabe hablar aquí de fe pública registral.

También queda espacio para la aplicación del §15. Después hecha la inscripción, pero antes de que se haya realizado la publicación, no puede oponerse ese hecho al tercero que no conocía la inscripción, por la sociedad o por cualquiera de los socios, y el tercero, aún después de la publicación, puede probar que ni conocía la inscripción ni debía conocerla.

3)Cuanto acabamos de decir es aplicable también a las *sociedades comanditarias*, si bien, para este tipo de sociedades, el Código contiene una serie de normas que están destinadas a garantizar la seguridad jurídica o la seguridad del tráfico; aunque la inscripción carezca, respecto de ellas, de eficacia constitutiva, voy a exponer las citadas normas, porque hacen dudar de la aplicabilidad del § 15. Se trata de la *responsabilidad de los comanditarios* por las deudas de la sociedad.

Cada comanditario responde sólo con una suma determinada (su aportación), y no tiene por qué responder de más. Y aunque cabría la posibilidad de hacerle responsable por una cantidad mayor, o incluso ilimitadamente, esta

inesperada posibilidad perjudicaría gravemente su seguridad jurídica. Inversamente, el tercero que celebra un negocio con la sociedad debe suponer, en la duda, que cada socio responde ilimitadamente (§ 105), y se vería defraudado en sus legítimas expectativas si la cosa no fuera así: es una exigencia de la seguridad del tráfico, que el § 15 se aplique a este caso al menos en lo que se refiere al carácter de la sociedad como comanditaria. Pero la ley irrumpe aquí con sus propios principios.

a) Preguntemos, en primer lugar, desde qué momento el tercero ha de soportar la oponibilidad del hecho de que un determinado miembro de una sociedad mercantil responde solamente como un comanditario. La respuesta sería ésta: naturalmente, de una forma inmediata, siempre que al acreedor la fuera conocida su condición de comanditario (§ 176 1). Sin embargo es necesario hacer la siguiente diferenciación:

Si la sociedad ha comenzado sus negocios con anterioridad a la inscripción en el Registro Mercantil, el comanditario responde de esos negocios como un socio con responsabilidad personal (§ 176 I). Pero esta regla no debe ser aplicable cuando se trata de sociedades que no tienen carácter mercantil antes de la inscripción, porque el negocio que celebra no tiene carácter mercantil antes [de la inscripción] (§§ 2 y 3 II); pues, ajuicio del legislador, el tercero debe saber que, donde no hay una empresa mercantil, tampoco puede existir una sociedad comanditaria. Sin embargo, cuando el legislador determina que esa responsabilidad debe limitarse a aquellos comanditarios que estén de acuerdo con el comienzo anticipado de la actividad (un hecho acerca del cual el tercero casi nunca podrá estar informado), entonces, atendiendo a la seguridad del tráfico, el legislador, tal como la entiende en el Derecho Mercantil, ha querido protegerla, pero sólo cuando sea aplicable a la inscripción el § 15. Pero éste no es el caso.

El § 176 I dice, no directamente, pero sí indirectamente y con total claridad, que también el comanditario que esté de acuerdo con el comienzo de los negocios tiene, sólo respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad *hasta la inscripción*, una responsabilidad ilimitada, y *por tanto después ya no*. El tercero debe soportar, pues, que se utilice contra él la inscripción no publicada, ¡y no puede excusarse alegando que ni conoció ni pudo conocer! Sí, así es, y tampoco puede impugnar el negocio por error (§119 HGB), porque sólo habría podido alegar un error basado en los motivos.

Se podría objetar que los nombres de los comanditarios, por disposición

del legislador, no se dan a conocer. Es verdad, pero la particularidad de la sociedad comanditaria, y la principal consecuencia que deriva de ella respecto de terceros, consiste precisamente en que no todos los socios responden ilimitadamente. Por eso no hay ninguna razón que permita comprender por qué a ese “hecho que ha de ser inscrito y publicado” no deba aplicarse el § 15.

b) Cabría preguntarse también hasta donde alcanza la cuantía de la que responde cada socio comanditario por las deudas sociales.

Para resolver esta cuestión *es decisiva la inscripción* (§ 172 I); pero si los negocios se empezaron antes de que se llevara a cabo la inscripción, la cuantía de la responsabilidad de los comanditarios -que no dieron su consentimiento al comienzo de los negocios sociales, o cuya condición de comanditarios se hizo saber al acreedor- debe venir determinada por el contenido del contrato de sociedad.

Por regla general hay que atender, como se ha dicho, al contenido de la inscripción, y es indiferente que el tercero conozca o no la suma de responsabilidad del comanditario (que no se hace pública: § 162II) o el hecho de la inscripción. Aquí lo que vuelve a ser esencial es la tutela de la seguridad jurídica, aunque junto ella, también, la seguridad del tráfico (artículo 172 III y IV), al menos en la medida en que la inscripción la hace posible, y [teniendo en cuenta que] la condonación o la devolución de la aportación es ineficaz respecto del acreedor (§ 172, III y IV). Por lo tanto, sólo con la consulta al Registro antes de concluir un negocio cabe protegerse frente a sorpresas desagradables.

Ciertamente, la suma de responsabilidad puede ser *reducida*, pero entonces entra en juego la seguridad jurídica y junto a ella la seguridad del tráfico. Antes de la inscripción, esa reducción de la responsabilidad es absolutamente ineficaz, incluso frente al tercero que la conoce (§ 174), y dado que en este punto el Código se expresa en términos negativos, no en términos positivos (como el § 176); tras la inscripción puede oponerse al tercero la reducción, pues el § 15 tiene ahora plena aplicación (así opina también Staub en su nota 2 al § 174). El hecho de que el acreedor, cuya reclamación ya estaba planteada en el momento de la inscripción, no tenga que soportar la oponibilidad de la reducción de responsabilidad (§ 174, inciso final), tiene su fundamento en la necesidad de seguridad jurídica de esa persona.

4) *La inscripción de una sociedad anónima* en el Registro Mercantil tiene eficacia constitutiva; antes de ella “la sociedad anónima no existe como tal”

(§ 200 HGB): la ley expresa así, de una manera muy correcta, la eficacia negativa de la inscripción constitutiva. Pero la inscripción tiene también eficacia convalidante³⁵, si bien no en cualquier caso, sino sólo en la medida necesaria para que los negocios celebrados por la sociedad con terceros *no queden afectados por la posible nulidad de la sociedad* (§ 311 II). Por lo tanto, los terceros pueden confiar plenamente en la existencia de la sociedad, pero no sólo los que tienen la buena fe, sino también los que conocen la nulidad, e incluso la propia sociedad, a la que le afecta la disposición antes transcrita. La sociedad no necesita que sus deudores, u otras personas con las que entre en relación jurídica, le opongán su propia nulidad.

La nulidad de la sociedad anónima puede ser plenamente convalidada, en determinados casos, mediante acuerdo de la junta general (§ 310). Cuando ello no es posible, o simplemente cuando ello no se produce, entonces la situación precaria en que la sociedad se encontraba hasta ese momento puede finalizar mediante la *inscripción de dicha nulidad* en el Registro Mercantil (§ 311I HGB), bien por la vía del procedimiento registral (§ 144 FGG), o bien mediante sentencia judicial (§ 309 HGB). La inscripción tiene aquí de nuevo eficacia convalidante, puesto que da lugar a la misma situación jurídica que si una sociedad legalmente constituida terminara su existencia de manera normal: la sociedad nula se transforma en una sociedad en liquidación (§ 311I).

Por lo tanto el tercero, a pesar de la nulidad de la sociedad, está plenamente asegurado: entre el primera y la segunda inscripción pudo considerar a la sociedad como plenamente ajustada a Derecho, incluso si conocía su nulidad, y a partir de la segunda inscripción pudo considerarla como una sociedad que legalmente se encuentra en liquidación. Frente a la posibilidad de extinción de la sociedad no habría estado asegurado tampoco si se hubiera tratado de una sociedad plenamente ajustada a Derecho. La inscripción tiene por tanto aquí exactamente la misma eficacia frente a terceros que si el Registro le atribuyera fe pública, pero la eficacia, igual que en el caso del § 5, va mucho más allá. Y, junto a ello, también el § 15 tiene plena aplicación, pues:

a) Con la primera inscripción surgió la sociedad anónima, pero, hasta la publicación, el tercero de buena fe, es decir, el tercero que no conoce la inscripción, puede rechazar su oponibilidad conforme al § 15, párrafo 1; y también después, si prueba que ni conocía la inscripción ni pudo conocerla.

b) *Lo mismo* cabe decir respecto de la *segunda* inscripción. Sólo desde el mo-

mento de la publicación, al tercero de buena fe le es oponible el hecho de que la sociedad se encuentre en estado de liquidación; de manera que, por ejemplo, para él el nuevo negocio que celebre -que no se hubiera extinguido al concluirse los negocios pendientes (§§ 298 y 149)- sería ineficaz; aunque también después puede aducir que en el momento de la celebración del contrato ni conocía ni pudo conocer la inscripción.

La inaplicabilidad del § 15 es sostenida por Staub y por otros autores³⁶ sin razón, ya que vienen a equiparar incorrectamente la nulidad de la sociedad al “hecho”, al que ha de referirse el conocimiento o el desconocimiento, cuando esa nulidad, en este caso, es absolutamente indiferente (§311 II) Una vez más, es la inscripción la que resuelve la cuestión, y lo único a lo que hay que atender.

c)De manera complementaria hay que advertir que en los casos de *modificación de estatutos, nacionalización o fusión de sociedades anónimas*, y también en los casos de *transformación* en sociedad de responsabilidad limitada, rigen los mismos principios (§ 277, 304 y 306 HGB y § 81 de la Ley de 20 de abril de 1892).

5)Todo lo que se ha expuesto sobre las sociedades anónimas es aplicable también a las *sociedades comanditarias* y a las *sociedades de responsabilidad limitada* (§ 320II y 322 y § 11, 77 y 81 de la Ley de 20 de abril de 1892).

6)Por último, quisiera hacer referencia a aquellas disposiciones legales según las cuales la prescripción de las acciones [pretensiones, *Ansprüche*] de los acreedores contra los anteriores titulares de la empresa -y en su caso, contra algún socio antiguo-comienza el día en que el nuevo titular de la empresa -y en su caso, la disolución de la sociedad o la salida del socio-se inscriben en el Registro Mercantil (§§ 26 II y 159 III). Por regla general se afirma que, en este caso, no es de aplicación el § 15³⁷, pero eso no es correcto.

La inscripción tiene, en este caso, eficacia constitutiva, pues la prescripción no puede empezar si no se ha practicado la inscripción, y para la determinación de ese momento de inicio del cómputo es irrelevante la publicación. Pero, tratándose de transmisión de la empresa, de disolución de la sociedad o de separación de un socio, el tercero no tiene que soportar su oponibilidad en tanto no se hayan publicado; e incluso después de la publicación, el tercero puede probar que ni conocía la publicación ni tuvo la posibilidad de conocer-

la (§ 15). Por eso -y ésta es una consecuencia necesaria-el tercero no tiene que soportar ningún efecto derivado de esos hechos. En todo caso, el tercero debe saber que su pretensión (como toda otra pretensión) está supeditada a la prescripción, pero eso sólo significa que, en este supuesto concreto, el efecto del § 15 se limita a los casos en que el Derecho mercantil señala plazos abreviados de prescripción. Sólo en esos caso puede rechazar el tercero la oponibilidad, pues el transcurso de la prescripción habrá quedado detenido [impedido, *gehemmt*].

III

Existen, por lo tanto, casos muy aislados en los cuales el tercero debe conocer el hecho inscribible ya desde la inscripción, bien porque no es objeto de publicación (§ 1, en relación con los §§ 175 y 162II) o bien porque sus efectos se producen antes de la publicación oficial (§176 I). En estos casos no le es de utilidad § 15, y con respecto a los efectos de Derecho público, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el § 30 (en relación con el artículo 37 1). Pero cuando el § 15 desarrolla su eficacia negativa en beneficio de un tercero, esa eficacia se produce con absoluta independencia de cualquier presupuesto. De manera que es indiferente que se demuestre que el tercero no pudo basar su conducta en un hecho que desconocía, o que sus motivos no tuvieron nada que ver con ese hecho³⁸. Y es igualmente indiferente que se llegue a demostrar que el tercero no conocía una situación contraria a la de los hechos, y por tanto no pudo confiar en ella³⁹. Y es irrelevante cómo surgió la situación inicial, y si la posterior la sustituyó, de manera que se produjo *una modificación jurídica*, o a través del hecho inscribible se creó un *novum* jurídico, partiendo de algo que inicialmente no existía. Y en el supuesto de que, efectivamente, se haya producido una variación jurídica, es también irrelevante si la situación anterior fue inscrita o no, y si fue publicada o no. Así, si en el ejemplo anterior (la enajenación de un negocio junto con la empresa), si ni el anterior titular ni el actual se han inscrito en el Registro, el tercero puede dirigirse contra aquél [el titular inicial], aunque únicamente por la razón de que efectivamente fue titular y además debió inscribir la extinción de su titularidad, y publicar una y otra circunstancia, y no lo hizo⁴⁰. Pero solamente en eso puede basar el tercero su reclamación.

Exactamente el mismo criterio es aplicable si el anterior titular estuvo inscrito. Es un error muy generalizado⁴¹ creer que, en tanto una modificación

legal no ha sido inscrita y publicada, *el tercero de buena fe ha de considerar que subsiste la situación inscrita* con anterioridad, y que, por lo tanto, puede confiar en la exactitud de la que hasta ahora figuraba inscrita. Pero tampoco a esta opinión da el § 15 el más mínimo apoyo. El tercero puede invocar un hecho correctamente inscrito, pero no porque sea exacto, sino porque ha sido inscrito y publicado, de manera que si el hecho es inexacto, no puede invocarlo en absoluto. También el tercero puede hacer valer un hecho que fue inscrito correctamente en su momento, pero no porque el hecho fuera exacto, sino porque fue inscrito o publicado; así resulta de la aplicación exclusiva del § 15.

Si no se lleva a cabo la inscripción y la publicación de un hecho cuando la ley lo exige, entonces sus efectos respecto del tercero que lo desconozca, simplemente no se producen. El § 15, apartado 1, no dice más al respecto. Por lo tanto, para el tercero permanece la situación anterior, tanto si estaba inscrita como si no lo estaba, y tanto si lo estaba correcta o incorrectamente. Y el tercero puede, en todo caso (excepto en las circunstancias excepcionales a que se refieren los §§ 2, 200 y otros) invocar solamente al hecho *exacto*.

IV

Por lo tanto, el § 15 sólo garantiza la seguridad del tráfico en sentido *negativo*-, el tercero no está obligado a conocer los hechos inscritos -con muy pocas excepciones-más que a través del Boletín de Anuncios Oficiales [*Reichsanzeiger*] o los demás periódicos que se determinen. No hay, fuera de ello, ningún desconocimiento culposo. Y si no ha tenido conocimiento del hecho por otra vía, y no se ha producido la publicación oficial, el tercero no tiene que soportar nunca que le opongán el hecho.

Por el contrario, el § 15 no tiene ningún significado *positivo* para la seguridad del tráfico, de manera [que no puede entenderse] que la publicación de la inscripción atribuya al tercero un efecto favorable, sino que a la vista del sentido claro que tiene el § 15, párrafo 2, sólo produce efectos desfavorables para el tercero. El tercero tiene, respecto de los hechos inscritos y publicados, un deber de información (que está muy facilitado por la publicación), pero le corresponde también un derecho a la información, en el sentido de que puede confiar en la corrección del hecho inscrito y publicado. El

§ 15 no contiene sobre esto la más mínima alusión. Cómo ha podido surgir una opinión contraria [a la expuesta], que es equivocada, y convertirse en la opinión dominante, es algo que sólo cabe imaginar. Por mi parte, entiendo la

cuestión de la siguiente manera:

El § 15 II establece que todo tercero debe conocer el hecho inscrito y publicado, y por tanto debe soportar que le sea opuesto. Parece que se ha tenido la impresión de que esa regla, perjudicial para el tercero, debería implicar una regla contraria que le beneficiara: como el tercero tiene que soportar la oponibilidad del hecho inscrito y publicado, debe poder -dándose los mismos presupuestos- invocar “el mismo hecho” frente a cualquier persona. “Lo que es bueno para uno, es malo para otro”. Pero se pasa por alto que en los dos casos “el mismo hecho” no coincide. *En el primer caso* se trata de *hechos exactos* - el tercero no tiene que soportar que se le opongan hechos inexactos (ya se ha dicho anteriormente)-, mientras que *en el segundo caso* se trata de *hechos inexactos*. Pues la idea de que todo tercero tiene que soportar que le opongan los hechos *exactos* que hayan sido inscritos y publicados es algo evidente, que se entiende por sí misma. Pero la fe pública del Registro consiste en que el tercero deba dar por exactos hechos *que no lo son* (por ejemplo, la inscripción de un poder lograda mediante engaño), y que el otro deba soportar que le invoquen el hecho inexacto.

A algunos, sin embargo, les parece que esa pretendida facultad del tercero de utilizar frente a otros hechos inscritos y publicados, a pesar de que tales hechos sean inexactos, es excesiva, y la restringen, a la vista del primer párrafo del § 15, a los interesados en la inscripción, y decretan *\dekretieren* que sólo aquél a cuyo favor se ha hecho la inscripción, debe soportar que se esgrima contra él el hecho inexacto. Pero en este razonamiento se vuelve a perder de vista que en el primer párrafo ambas limitaciones tienen un sentido lógico, pues generalmente la culpa proviene del interesado en la inscripción, que retrasa la declaración al Registro, y con ello la inscripción y la publicación⁴². Y sin embargo la inscripción y publicación de un hecho inexacto, como aquí se trata, se produce al margen de su voluntad, y generalmente contra su voluntad.

Pero para este tipo de limitaciones se encuentran en el § 15 tan pocos argumentos como para las limitaciones a las simples modificaciones jurídicas a las que nos hemos referido antes. Más bien toda la teoría acerca de la fe pública, según la cual todo hecho inscrito en el Registro Mercantil, tras su publicación, es ya incuestionable, no encuentra, ni en el § 15 ni en el resto del articulado del Código de Comercio, la más mínima justificación, y está com-

pletamente en el aire. Más bien al contrario, existen numerosos argumentos en contra de esa opinión.

En primer lugar, en el propio § 15. Según el párrafo 3, los párrafos 1 y 2 son aplicables a los negocios jurídicos celebrados con una sucursal. Por lo tanto, el tercero que celebre negocios jurídicos con una sucursal puede confiar en el hecho inscrito en la hoja de la sucursal [*bei der Zweitniederlassung*] y, además, publicado. Pero si el tercero tiene noticia con anterioridad, por haberlo hecho público el establecimiento principal, entonces debe soportar que tal hecho le sea opuesto, *porque le era conocido*; pero él no puede invocarlo hasta que haya sido inscrito en la hoja de la sucursal y publicado. Por lo tanto, una disposición que, en principio, estaba destinada a favorecerle (él no necesita conocer la publicación que se haga de [de hechos que afecten a] el establecimiento principal), se convierte en algo que le perjudica.

Desde la opinión que aquí se combate, el § 10 resulta incomprensible. Según ese precepto, la publicación se da por realizada al finalizar el día en el cual ha aparecido *el último* de los periódicos que contiene. Esta disposición tiene toda la apariencia del más puro efecto negativo: hasta tanto no haya aparecido la última publicación oficial, no se puede presumir que el tercero conoce la inscripción, y no debe establecerse la ficción -más que presunción- de que la conoce. Además, el momento en que comienza este peligroso efecto de la publicación debe fijarse con la mayor precisión (“al finalizar el día...”). ¿Pero por qué un tercero que quiera confiar en la corrección de una inscripción, no podría confiar en ella? ¿Por qué no puede hacerlo antes de la publicación? ¿Y por qué no en el momento en que tiene conocimiento de la primera publicación oficial, y por qué tiene que esperar a que finalice un determinado día para poder confiar? Además, en la mayoría de los casos no sabrá si la publicación que tiene a la vista es la primera o la última, y se encontrará en la más absoluta incertidumbre.

Y eso nos lleva, dando un paso más, a la cuestión de la finalidad que pueda tener tal efecto, que la opinión dominante atribuye a la publicación oficial de las inscripciones -una cuestión que, por lo que yo he visto, no se ha suscitado en la bibliografía aparecida hasta ahora ni en la jurisprudencia, que se ha contentado con decir que ese efecto se producía “por supuesto” [*“selbstverständlich ”*].

En efecto, se viene dando, sin más, por evidente, que el tercero no necesita conocer un hecho inscrito hasta que ese hecho se ha publicado, pero cabe pre-

guntarse: ¿qué quiso conseguir el legislador cuando estableció que el conocimiento por parte del tercero después de la inscripción pero antes de la publicación no tendría el mismo efecto que el conocimiento posterior a la publicación? Esto resulta sorprendente teniendo en cuenta que la publicación no tiene el carácter de autenticidad que tiene la inscripción. Más bien la publicación viene a ser un extracto del Registro, es decir, una copia de la inscripción. Puede, por tanto, contener errores de transcripción o de impresión, y en caso de que exista diversidad entre los textos, habrá que dar preferencia a la inscripción, y considerarla auténtica.

Aceptemos, sin embargo, que el legislador ha dispuesto, efectivamente, que el tercero solamente pueda fiarse de la exactitud de la inscripción después de que ésta haya sido publicada. Con ello, desde luego, no se estaría favoreciendo la seguridad del tráfico, es decir los intereses del tercero, sino sólo la seguridad jurídica, es decir los intereses de aquellos a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción. Por lo tanto, la cuestión principal consiste en saber si, en definitiva, estos últimos tienen interés en que los terceros no puedan tener por cierto un hecho inscrito hasta después de su publicación oficial. La posibilidad de que exista ese interés es innegable. Cabe, incluso, la posibilidad de que se logre inscribir en el Registro, engañosamente, hechos falsos, -por ejemplo, la inscripción de un poder a espaldas del principal-, para legitimar documentos falsificados, y es posible que el legislador haya tenido en cuenta esa posibilidad al fijar una especie de plazo de carencia [*Karenzzeit*] dentro del cual se excluye el efecto positivo de la inscripción en favor de terceros. Pero teniendo en cuenta que un intento de lograr que se practique una inscripción falsa en el Registro Mercantil, además de peligroso para la empresa que lo intente, está condenado al fracaso, al igual que ocurre si se tratara del Registro de la Propiedad⁴³, la Ley debe contener expresamente una norma de protección, y fijar taxativamente un plazo, y su duración no debería depender de circunstancias casuales [contingentes, *zufällige Unstandé*]; el tercero debería saber exactamente a partir de qué momento puede confiar en la inscripción (véase, por ejemplo, el § 1139 BGB) y, finalmente, si la norma pretende alcanzar el objetivo antes mencionado (la protección de seguridad jurídica), debería referirse al momento de la publicación, ya que el interesado, por regla general (véase la nota al pie), se entera de la inscripción engañosa [tramposa, *betrügerisch*] por la publicación, y debe tener tiempo todavía para adoptar las

medidas adecuadas para evitar que produzca efecto.

Pero en realidad, el legislador no ha pensado en absoluto en fijar un plazo para que los interesados en la inscripción se protejan contra los engaños [trampas, artimañas, *Betrügereien*]. Si ello fuera así, no se acierta a comprender por qué en aquellos casos excepcionales en los cuales se pretende que el Registro Mercantil tenga un verdadero efecto *positivo* en favor de terceros no se ha tenido en cuenta la misma consideración, y se liga esos efectos *positivos*, sin ninguna excepción, a la *inscripción*. Así sucede en los §§ 5, 123, 172, 174, 176, 200 y 311 y 322 y demás a los que nos hemos referido antes: en todos esos casos, determinadas personas pueden resultar perjudicadas por una inscripción engañosa, y sin embargo la eficacia *positiva* en favor de terceros se produce desde el momento de la inscripción. Y sólo se produce la eficacia *negativa* en contra de terceros -con la única excepción del § 176, donde también el momento de la inscripción viene a ser decisivo-desde el momento de la publicación oficial.

V

Por lo tanto, es incorrecto creer que con la publicación oficial se proporciona a un tercero una situación más favorable que con la inscripción. Más bien al contrario, la publicación resulta desfavorable para él. Antes, cuando sólo se había practicado la inscripción, no necesitaba conocer el hecho; si lo conocía, estaba protegido contra sus efectos por conocer el hecho exacto, y si no lo conocía, estaba protegido por el hecho de desconocerlo. Sin embargo, con la publicación oficial la situación cambia por completo:

Si el hecho inscrito y publicado es *exacto*, la inscripción y la publicación se corresponderán con los presupuestos fácticos y jurídicos, y el tercero habrá de soportar que se le opongan, a no ser que demuestre que ni conocía el hecho, ni tenía posibilidad de conocerlo. Por consiguiente, también está aquí *aparentemente* protegido, puesto que cabe que se entere antes de que aparezca en el Boletín de Anuncios Oficiales [*Reichsanzeiger*] y, al menos, en otro medio de comunicación; pero esto es, en la mayoría de los casos, sólo apariencia, puro conocimiento ficticio⁴⁴, que el legislador toma como verdadero sin tener en cuenta las circunstancias reales⁴⁵.

Si el hecho inscrito y publicado es *inexacto*, entonces el tercero, por regla general, puede hacerlo valer [invocarlo]. Y no está obligado -dejando aparte las excepciones legales⁴⁶-, a soportar que le sea opuesto el hecho *inexacto*-,

pero también, recíprocamente, se puede hacer valer contra él la inexactitud de un hecho (por ejemplo, la inscripción de un poder obtenida mediante engaño, y su posterior publicación). Por lo tanto, el tercero no debe confiar -dejando aparte las excepciones legales-en la exactitud de la inscripción, aunque, a través de la publicación se le induzca a confiar y se le exima de toda comprobación⁴⁷. Este idea no tiene restricción alguna por el hecho de que se trate de simples modificaciones jurídicas [*Rechtsveränderungen*] o de terceros que entren en relación con personas a quienes la inscripción haya beneficiado o beneficie.

Es cierto que, no sólo el propio interés del que solicita la inscripción, sino también la calificación [*Prüfungspflicht*] del Juez, hacen que no se produzcan con frecuencia inscripciones incorrectas; pero cuando se produce una, el tercero ha de acudir a los remedios que el Derecho Civil pone a su disposición⁴⁸. Entre ellos está la posibilidad de impugnar el negocio celebrado con error, o la reclamación de indemnización por los perjuicios dolosos o culposos a aquél que haya promovido la inscripción incorrecta (§§ 276, 823, 826 y 839 BGB).

Sin embargo, según el criterio del Tribunal Imperial [*Reichsgericht*], el interesado en la inscripción, en determinadas circunstancias, debe ser instado a actuar como si la inscripción fuera correcta. Esta postura no se aleja mucho de la mantenida por algunos autores, e incluso por el propio Tribunal Imperial, con respecto a la “fe pública” del Registro Mercantil, y en muchos casos conduce a los mismos resultados.

La sentencia, antes citada, de la Sala 6ª de lo Civil, de fecha 3 de marzo de 1902 (t. 50, pág. 429) dice: “quien solicite la inscripción de su establecimiento mercantil en el Registro Mercantil y su posterior publicación, ha de tener muy en cuenta que en aquello en lo que no se ajuste a la realidad será considerado como acto propio [*um seiner Disposition unterliegende Verhältnisse*]”. Y la sentencia de la Sala Iª de lo Civil de 22 de octubre de 1887 (t. 19, pág. 197) va todavía más lejos: “Quien permite que otro utilice su nombre en la gestión de un negocio mercantil, se considera que también lo gestiona, aunque internamente no pueda participar de ninguna manera en las relaciones de ese negocio. Quien permite que otro lleve la gestión de una empresa, en la que él consiente aparecer como socio, es responsable en el sentido de las normas que regulan la responsabilidad de las sociedades colectivas y comandita-

rias, aunque internamente no le ligue un contrato de sociedad. El fundamento no radica en los principios que rigen los efectos del dolo, que sólo podrían tener como consecuencia la indemnización de los daños, sino en que esas relaciones, según su propia naturaleza, y sobre todo según las disposiciones del Código de Comercio, tienen una parte interna y otra parte externa, y también en caso de incongruencia entre las dos partes prevalece la externa, cuando tiene la conformidad del afectado”. Finalmente, una sentencia de la Sala^{6ª} de lo Civil, de fecha 17 de enero de 1898 (t. 40, pág. 146), adopta una posición semejante a la citada en primer lugar: “Se adecúa a los principios generales el que quien realice una declaración frente a un tercero, debe soportar que tal declaración se haga valer contra él, y que cuando una declaración se hace pública y general, su fuerza es también general, de forma que puede ser invocada por cualquiera”.

El Tribunal Imperial [*Reichsgericht*] fundamenta sus sentencias exclusivamente en la voluntad de los interesados en la inscripción. De ello se deduce, sin más, que la doctrina de tales sentencias es aplicable únicamente a las relaciones jurídicas constituidas por esas personas, una limitación que la propia sentencia de 3 de marzo de 1902 subraya. Así, por ejemplo, un pequeño comerciante [*Minderkaufmann*]⁴⁹ no puede eludir, por esta vía, las numerosas consecuencias legales que se derivan del hecho de inscribir su empresa; pero si el Juez del Registro lo admite, entonces el inscrito estará a cubierto, por efecto del § 5, de la carencia de su cualidad de comerciante pleno, con lo cual, y por causa de ese precepto del nuevo Código de Comercio, la limitación pierde gran parte de su significación práctica.

El fundamento jurídico sobre el que se basa la afirmación de que el interesado debe soportar que hagan valer la inscripción contra él, es doble, ajuicio del Tribunal Imperial. Cuando él ha declarado el hecho inscrito, puede hacer valer la inexactitud frente a terceros desde el momento en que está haciendo una declaración pública a través de la inscripción y su posterior publicación, y, a estos efectos, es indiferente que exista culpabilidad o no. Si el hecho inexacto ha sido inscrito sin su intervención, tendrá las mismas consecuencias, siempre que consienta que se cree ante el público una falsa apariencia acerca de la situación jurídica en que se encuentra⁵⁰.

Ninguno de los dos fundamentos jurídicos tienen apoyo en disposiciones de Derecho positivo, toda vez que no se da la premisa de buena fe [*“Treu*

und Glaube”] que, según el Código Civil, debe presidir la interpretación y la aplicación de los contratos (§§ 157 y 242 BGB). A pesar de ello, la interpretación que hace el Tribunal Imperial me parecería bien siempre que en la resolución se haya tenido realmente en cuenta la voluntad de la persona inscrita. Porque cabe preguntarse si hay que presuponer la existencia de un comportamiento culposo o de una omisión, ya que no hay que olvidar que la declaración ante el Registro [el Tribunal del Registro, *Registergericht*] no siempre es un acto de voluntad libre del interesado, sino que muchas veces es una declaración exigida por el Registro contra su voluntad y en otros (cancelación o modificación del hecho inscrito) la inscripción solicitada puede ser rechazada por el Registro. ¿Es que debe la persona inscrita responder de una declaración incorrecta que él ha tenido que hacer contra su convicción y tal vez manifestando una protesta ante el Registro? ¿Y por una inscripción incorrecta, que a pesar de su protesta manifestada ante el Registro no ha sido cancelada o modificada? Y si un interesado, para conseguir que se cancele o modifique una inscripción, tiene que entablar un largo proceso contra otros interesados, ¿debe entre tanto soportar los efectos de la inscripción, si al principio la consideraba correcta y después ha rectificado su juicio? Parece evidente que, en todos estos casos, los principios aplicados por el Tribunal Imperial, o son totalmente inaceptables o, al menos, plantean serias dudas y dificultades en su aplicación. Quienes reconocen en el concepto de “fe pública” un valor que la ley le niega, pueden sentirse satisfechos con esta solución de emergencia [*Notbehelf*], pero no así quienes se resisten a aplicar en este caso ese concepto de fe pública.

Si se quiere que el Registro Mercantil reconozca el concepto de fe pública, hasta ahora rechazado, entonces se debe propugnar que, para algunos importantes casos prácticos, como pueden ser el reconocimiento de la cualidad de comerciante o de comerciante pleno [*Vollkaufmannseigenschaft*]⁵¹ o la existencia de una sociedad mercantil, el legislador, ya desde la inscripción en el Registro Mercantil, reconozca el mismo efecto (§§ 200 y 311) o casi el mismo efecto (§§ 5 y 123) en favor de terceros, con lo que se habrá conseguido dar un paso hacia adelante. Porque esa normativa legal, como ya he señalado, se dirige a lograr el objetivo de la seguridad jurídica, a conseguir que la persona inscrita pueda proceder contra terceros, y también contra otras personas de mala fe, es decir, contra quien sepa que la inscripción se ha efectuado

incorrectamente. La decisión sobre la pregunta de si la inscripción en el Registro Mercantil debe estar dotada de fe pública, de forma semejante a lo que ocurre con las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad, es algo que el Código de Comercio no prejuzga en absoluto.

Notas

[←1]

¹ Quiero expresar mi agradecimiento al Dr. Thomas Henne, profesor de las universidades de Berlin y Berkeley, por los datos sobre Ehrenberg que me ha enviado, y que proceden de su biografía, aun inédita, destinada a la obra colectiva *Niedersächsische Juristen* (dir. por Joachim Rückert y Jürgen Vortmann). También he consultado las páginas web de la universidad de Leipzig (www.uni-leipzig.de), del Instituto de Ciencias del Seguro, fundado por Ehrenberg (www.ver-sicherungsfore.net) y del Centro de Estudios Germano-judío (www.susex.ac.uk), en que hay información sobre Victor Ehrenberg y su familia.

[←2]

Véase, por ejemplo, Gerber-Tosack, *System*, página 322; Finger, *Die Neuerungen des neuen Handelsgesetzbuch bezüglich konstitutiver Firmeneinträge* (Las innovaciones del nuevo Registro Mercantil con respecto a la inscripción constitutiva del nombre comercial) (Freiburger Diff.), página 3. Este último escrito, que es extraordinariamente agudo en todo lo demás, comete aquí un error de base: no distinguir el efecto constitutivo del efecto convalidante de la inscripción; se ve obligado por ello a emplear una terminología arbitraria y escolástica, y le conduce a resultados parcialmente incorrectos.

[←3]

³ Lehrbuch, página 19.

[←4]

No estoy pensando, naturalmente, en los denominados deberes *legales*, sino sólo en aquellas obligaciones que surgen como consecuencia de los negocios jurídicos; se trata sólo de resultados del tráfico.

[←5]

Prokura es el poder mercantil que sólo puede conceder el comerciante pleno (Vollkaufmanri) y que se extiende a todos los actos, tanto extrajudiciales como judiciales, que exija la explotación de un negocio mercantil. Como advierte A. Polo (traducción de la 12^a ed alemana del Tratado

de Derecho mercantil de Konrad Cosack, Madrid, 1935, pág. 273), “los conceptos de Prokura y Prokurist no tienen equivalente en la legislación española, ya que el factor, la figura más afín de nuestro Derecho, como apoderado general, no goza de la ilimitabilidad de poder que caracteriza principalmente la figura del Prokurist alemán” [nota del traductor].

[←6]

Repito: *la publicidad*; la inscripción puede tener otros fines y otros efectos, y la mayor parte de las veces los tiene.

[←7]

Véase nota 5.

[←8]

Esta distinción, que yo haya visto, no se hace en la doctrina. Quizá sea bueno tratar de aclarar algunos aspectos en relación con ese concepto tan denostado de la buena fe [“Treu und Glauben”]. Véase, esta cuestión, Konrad Schneider, *Treu und Glauben* (1902), y especialmente el apartado 3, nota 2, y del mismo editor, Informe sobre el 27 Congreso de Juristas Alemanes (1904), tomo 1, pág. 34, nota 7

[←9]

La cualidad de comerciante pleno, *Vollkaufmann*, se contrapone a la de pequeño comerciante, *Minderkaufmann*, que se precisa en la nota 25 [nota del traductor].

[←10]

Véanse la nota anterior y la 25 [nota del traductor].

[←11]

” Gareis, en su edición del Código de Comercio, art. 15, n° 1, opina que respecto de este tipo de inscripciones, es indiferente conocer, no conocer o tener obligación de conocer (a causa de la publicación). Sobre las inscripciones constitutivas volveré más adelante detenidamente.

[←12]

En su *Kommentar* (ediciones 6ª y 7ª) al artículo 8, nota 16 (pág. 88), se apoya en la sentencia del Tribunal Imperial de 5 de febrero de 1898. Vol. 41, página 22; sobre ella, véase lo que se dice más adelante.

[←13]

Düringer y Hachenburg: *Kommentar*, art. 15, nota 1, página 81. Estos autores apoyan su punto de vista en la misma sentencia del Tribunal Imperial en que Staub apoya el suyo. En cuanto a si Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pág. 37, nota 23, rechaza también esa presunción, es algo que no está claro.

[←14]

De una manera similar opina Telgmann: “Wirkung der Eintragung in das Handelsregister”

(“Efectos de la inscripción en el Registro Mercantil”) (Göttinger Diff. 1903, pág. 33). Tosack, en su *Lehrbuch*, § 10, núms. VI y VII, no toma una postura clara sobre esta cuestión, y como no aclara el valor que da a la publicación ni distingue la eficacia que produce en relación con la que deriva de la inscripción, sólo cabe concluir del n° VII, 1 (pág. 36) que se adhiere a la postura mayoritaria.

[←15]

Las dudas expresadas se contienen en el texto anexo, aunque alude a ellas muy de pasada.

[←16]

La falta de claridad que domina en esta cuestión queda patente en esta observación de Ton, *Das Handels-und Genossenschaftsregister (El Registro mercantil y de Asociaciones)* (1901), pág. 87: “La primera (se está refiriendo a la inscripción declarativa) da lugar al surgimiento de *presunciones*, que el tercero puede utilizar a su favor. El que actúe de buena conforme a una inscripción quedará protegido, incluso si se ha inscrito en el Registro la alteración de los hechos o relaciones jurídicas que constan en él (§ 15 HGB)”.

[←17]

La R.O.H.G. (t. 11, pág. 374) acepta que el tercero no tiene que conocer necesariamente el hecho.

[←18]

Staub, pág. 101, nota 6, dice de forma errónea: “Es necesario que se haya examinado el Registro”; de ser así, el tercero excusaría su desconocimiento por la imposibilidad de consultar el Registro.

[←19]

Si la otra parte (el interesado en la inscripción) está vinculada por la declaración que ha hecho ante el Registro, y si el tercero debe soportar que le opongán el contenido de la inscripción, o si puede confiar en él, son cuestiones de las que no dice una sola palabra el § 15.

[←20]

Aquellas personas “a cuyo favor se inscribió el hecho” son siempre “los legitimados para hacer la declaración”; al menos yo no tengo presente ningún caso en que no sea así.

[←21]

Véanse, Kenssner contra una sentencia del Tribunal Cameral, en *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 54, pág. 272.

[←22]

Bherend, *Lehrbuch*, pág. 39, nota 18

[←23]

Finger, ob. cit., págs. 60 y ss.

[←24]

Finger, ob. cit., págs. 5, 15 y siguientes, es partidario de no hablar de un efecto constitutivo de la inscripción, porque mediante él solamente puede lograrse un efecto jurídico aislado, y no un amplio complejo de efectos jurídicos.

[←25]

En realidad, la expresión *Minderkaufmann* no es traducible: se trata del empresario al que, por el “tipo o ámbito” (*nach Art oder Recht*) de su empresa (§ 4 HGB) no se le aplican determinadas normas mercantiles: las relativas a la publicidad registral, la contabilidad, el ámbito legal del poder y las sociedades colectivas y comanditarias, de las que no puede formar parte [nota del traductor].

[←26]

Vollhandelsgewerbe es el que desarrolla el *Vollkaufmann*: véanse las notas 9 y 25 [nota del traductor].

[←27]

Sobre la distinción entre eficacia constitutiva y convalidante de la inscripción, véase lo dicho arriba. Finger, ob. cit., pág. 7 y siguientes no reconoce la distinción, y por tanto no contrapone los §§ 5 y 2. Para él, la inscripción, tanto regular como irregular, de una empresa, tiene eficacia constitutiva. En ocasiones (pág. 42) se aproxima al enfoque correcto.

[←28]

Un buen fundamento es el que ofrece Finger, ob. cit., pág. 65.

[←29]

Véanse notas 9 y 25 [nota del traductor].

[←30]

Aunque esto ha sido discutido, para mí está fuera de duda.

[←31]

Véase Finger, ob. cit., pág. 55.

[←32]

Lehrbuch, pág. 489.

[←33]

Lehrbuch, pág. 489.

[←34]

Staub, notas 3 y 8 al artículo 123 (pág. 391).

[←35]

También en este caso, Finger, ob. cit., pág. 56, mezcla el efecto constitutivo y el efecto convalidante de la inscripción.

[←36]

Staub, con respecto al artículo 311, pág. 933, y Telgmann, ob. cit., págs. 44 y ss.

[←37]

³⁷ Así, Staub, Düringer y Hachenburg. Distinto criterio mantiene Tohn, en Gruchot 42, pág. 55, pero sólo con la observación general de que “el comienzo de la prescripción” del § 15 apartado 2 “requiere especial atención”; pero también el apartado 1 requiere la misma atención, y a efectos del “comienzo de la prescripción” tienen ambos el mismo significado.

[←38]

Staub, nota 3 al § 15 (pág. 100).

[←39]

Staub, nota 4 al § 15.

[←40]

Esto no sería, naturalmente, distinto, por el hecho de que hubiera estado inscrito como titular. Véase Behrend, *Lehrbuch*, § 39, nota 55.

[←41]

Staub, apéndice 1 al § 15. Véase lo ya dicho.

[←42]

Por supuesto, cualquiera que sea el tiempo que pueda transcurrir entre la declaración y la publicación, no son nunca responsables.

[←43]

En este caso, como en el otro, a aquél que ha solicitado una inscripción se le comunica [haberla practicado]; así que el que engaña [*der Betrüger*] también habrá renunciado, en nombre del presunto solicitante, a la comunicación, lo que en todo caso es posible (§ 55 GBD y § 130 II FGG).

[←44]

Behrend, *Lehrbuch*, § 39, nota 10a.

[←45]

Es característica y casi ingenua la afirmación de Staub, pág. 101: “Ciertamente esta medida

de [actuar con] cuidado no se observa en el tráfico, pero eso no quita que sea *exigible*".

[←46]

Excepciones *completas* sólo resultan de los §§ 200, 311, 304, 306, 277, 320 II y 332 HGB, y §§ 11, 77 y 81 de la Ley de 20 de abril de 1892. Los §§ 5 y 123 del Código de Comercio, que otorgan un cierto margen a la posibilidad de hacer valer la incorrección.

[←47]

Véase nota anterior.

[←48]

Telgmann, ob. cit., págs. 16 y ss.

[←49]

Véase nota 25 [nota del traductor].

[←50]

La misma idea la ha desarrollado Staub en su *Teoría del comerciante aparente*, la cual, si fuera correcta, elevaría enormemente la seguridad del tráfico, pero pondría en peligro la seguridad jurídica. Véase, en contra, Blumenthal, *Der Scheinkaufmann (El comerciante aparente)* (Gottinger Dic.), 1901.

[←51]

Véanse notas 9 y 25 [nota del traductor].