

2. DERECHO MERCANTIL

La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales

The unconstitutionality of the corporate's winding up by Mercantile Register due of lack of adapting on Professional Companies Act

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: La inconstitucionalidad de la disolución registral de las sociedades por falta de adaptación a la Ley de Sociedades Profesionales.

ABSTRACT: *The unconstitutionality of the corporate's winding up by Mercantile Register due of lack of adapting on Professional Companies Act*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Inconstitucionalidad. Disolución registral.

KEY WORDS: *Unconstitutionality. Corporate's winding up. Mercantile Register.*

SUMARIO: I. CRITERIOS DISTINTIVOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES PROFESIONALES O SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN. SU DIFICULTAD PRÁCTICA.—II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISOLUCIÓN REGISTRAL DE SOCIEDADES POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

1. CRITERIOS DISTINTIVOS PARA LA DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES PROFESIONALES O SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN. SU DIFICULTAD PRÁCTICA

La preocupación que se ha venido poniendo de manifiesto en el tráfico jurídico con la controvertida disposición transitoria primera de la Ley de Sociedades Profesionales en función de la interpretación que ha venido sosteniendo sobre la

misma la Dirección General de los Registros y del Notariado, acerca de otorgar *carta de naturaleza* a lo que puede denominarse una auténtica disolución registral de la sociedad no adaptada a la Ley de Sociedades Profesionales mediante una decisión del Registrador Mercantil sin ningún tipo de audiencia contradictoria a los interesados y sin que la misma se reserve a la autoridad judicial, supone que sea no solo conveniente sino necesario la corrección o no de dicha actuación registral.

En primer lugar, lo que habría de dirimirse es si realmente la sociedad afectada se trata de una sociedad profesional o no, lo que evidentemente no es tarea fácil con la mera comprobación de la escritura de constitución y estatutos sociales sin que pueda tenerse en cuenta la actividad probatoria plena relativa a la verdadera actividad social que se desarrollaría con plena contradicción en fase judicial.

En cuanto a la calificación de la sociedad como profesional, nos parecen sumamente didácticas las enseñanzas de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 (Id Cendoj: 08019370152017100487) acerca de la propia evolución sufrida en el Centro Directivo al respecto, cuando estima que el artículo 1 de la Ley de Sociedades Profesionales se refiere al presupuesto objetivo de las sociedades profesionales, que viene definido como el ejercicio en común de una actividad profesional, entendida por tal aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial o titulación profesional e inscripción profesional en el correspondiente Colegio Profesional.

Inicialmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Profesionales, la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante una interpretación teleológica de la Ley, excluía de su ámbito de aplicación las denominadas sociedades de servicios profesionales, es decir, sociedades que tienen por objeto la prestación de servicios realizados por profesionales contratados por la sociedad, pero no mediante una actividad promovida en común por los socios en el seno de la sociedad. Por ello, concluía que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional, no podía ser considerada como obstativa de la inscripción (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril y 14 de noviembre de 2011).

Se entendía que si la sociedad no se constituye como sociedad profesional *stricto sensu* y de la definición del objeto social así como de la configuración societaria resulta que faltan los requisitos estructurales o tipológicos relativos de la sociedad propiamente profesional (entre ellos los atinentes a la composición subjetiva y a la necesaria realización de actividad profesional por los socios), no podría el registrador exigir una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social.

Sin embargo la doctrina cambia a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, (Id Cendoj: 28079110012012100490) que resuelve una impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre esta misma materia (ámbito objetivo de la Ley). Para interpretar adecuadamente dicha sentencia es preciso tener presente el supuesto de hecho, referido a una sociedad cuyo objeto, entre otras actividades, era «*la gestión administrativa y los servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico*», esto es, como la propia sentencia señala, un objeto «*plenamente encuadrable*» en el ámbito de dicha Ley. Así, el Tribunal Supremo establece que se debe exigir que las sociedades que se constituyen y que incluyen en su objeto alguna actividad profesional se declaren expresamente como sociedades de medios o intermediación.

Recordemos que la referida sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 traía causa última en la fijación de una doctrina contraria a la que introdujo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007¹ razonando en los referidos términos lo siguiente:

«De lo anterior se sigue que la motivación de la resolución de la DGRN se opone frontalmente a la LSP, porque no tiene justificación que allí donde la ley exige “certidumbre jurídica” el Centro Directivo opte por la ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, el Centro Directivo opte precisamente por la solución más favorable a la elusión de esa responsabilidad queriendo ver una sociedad de intermediación en aquella que, como la del presente caso, declaraba como objeto social de la propia sociedad el asesoramiento contable, fiscal y jurídico. Por eso carece de la más mínima justificación la advertencia de expediente disciplinario que se hace al registrador, pues en realidad se le amenaza con un expediente por haber cumplido la ley en sus justos términos».

Atendida la «certidumbre jurídica» exigida por el Tribunal Supremo y las consideraciones expuestas, la Dirección General de los Registros y Notariado modifica su doctrina. De este modo la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 2013 expresa de la siguiente manera el nuevo criterio: *«Integrándose en el objeto social actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación».*

Junto a ese presupuesto objetivo es necesario también tener presente un elemento subjetivo, como es la necesidad de que la sociedad profesional cuente con socios profesionales que reúnan los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad profesional.

En cuanto a la actividad interpretativa del caso en cuestión destaca a nuestro juicio el siguiente razonamiento que efectúa la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 cuando afirma lo siguiente:

«21. El objeto social de SAR DOMUS, por el contrario, está definido en términos muy amplios: servicios médicos, con actividades conexas, y servicios de ayuda a domicilio. Abarca actividades profesionales strictu sensu y otras que no precisan de titulación profesional. Con ese objeto entendemos que la indicación en el Registro Mercantil de que la sociedad no se dedica directamente a actividades profesionales sujetas a la LSP es suficiente, a estos efectos, y cumple con sus exigencias legales, por mucho que no se especifique que se trata de una sociedad de intermediación o de otra naturaleza. De no interpretarse la norma y la jurisprudencia que la interpreta en este sentido, como señala la doctrina, la práctica totalidad de las sociedades deberían constituirse como sociedades profesionales, pues difícilmente cabe imaginar actividades que no precisen de profesionales colegiados. Así ocurre con las sociedades que prestan servicios médicos o clínicos: junto con el escrito de contestación se acompañan notas registrales de las más conocidas (CLÍNICA CORACHÁN S.A., CENTRO MÉDICO DELFOS S.A., SANITAS S.A., GRUPO HOSPITALARIO QUIRÓN S.A., CENTRO MÉDICO TEKNON o CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA S.A.), cuyos objetos sociales, similares al objeto de SAR DOMUS, incluyen la prestación de servicios médicos o de asistencia sanitaria, que prestan con personal contratado o asalariado, y nadie sostiene que deban adaptarse a la LSP».

Es decir, correctamente, desde un punto de vista de la realidad tabular y a la luz de los criterios de seguridad jurídica establecidos en la sentencia del Tribunal

Supremo de 18 de julio de 2012 resulta suficiente la constancia en los asientos registrales que la sociedad no se dedica directamente a las sociedades profesionales sujetas a la Ley de Sociedades Profesionales, sin que sea necesario que se especifique de que se trata de una mera intermediación o de otra naturaleza.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona sosteniendo correctamente lo anterior, también nos viene a añadir un plus adicional en lo que ahora nos importa y es que cuando haya de analizarse la necesaria disolución o no de una sociedad pretendidamente profesional por una de las partes procesales, no basta con el mero análisis del reflejo tabular sino que ha de estarse también —como no podía ser de otra forma— al resultado de la prueba que se practique en el proceso acerca de la verdadera naturaleza de las actividades que despliega la sociedad en cuestión, cuando razona igualmente lo siguiente:

«22. Además, en la medida que la acción ejercitada no es de impugnación de una determinada calificación registral, sino que se solicita la disolución de la sociedad demandada, la rescisión de todos sus contratos y la condena por la comisión de actos de competencia desleal, ha de superarse el control meramente documental y hemos de salir en nuestro análisis de lo que puede resultar de la escritura pública y de los asientos registrales.

24. En definitiva y como conclusión, SAR DOMUS no desempeña con sus propios medios personales actividades profesionales, sino que lo hace de forma indirecta, contando para ello con los médicos y enfermeros que le proporcionan dos cooperativas. Como se indica en el recurso, SAR DOMUS lleva a cabo una gestión integral de servicios de asistencia sanitaria a domicilio a través de una plataforma de multiservicios que tiene como base un servicio de atención telefónica. Ello le aproxima a una sociedad de intermediación, tal y como señala la sentencia apelada. No estimamos, por tanto, que deba sujetarse por su objeto a las disposiciones de la LSP.

25. Y enlazando con lo expuesto, tampoco se cumple el presupuesto subjetivo, dado que no es controvertido que SAR DOMUS no cuenta con socios profesionales. Tiene un único socio, SAR RESIDENCIAL Y ASISTENCIA S.A., sociedad que tampoco es profesional. De hecho, la parte actora, además de instar la disolución de pleno derecho de la sociedad, sugiere que SAR DOMUS solo puede desarrollar su actividad modificando por completo su estructura accionarial».

O sea, cuando la práctica de la actividad social es desempeñada de forma indirecta a través de profesionales externos a la propia sociedad, nos encontramos en realidad ante una sociedad de intermediación y no ante una sociedad profesional.

Sin embargo el resultado al que se llega en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017 contrasta con el opuesto que se estableció en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª) núm. 252/2013 de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 278900) que analizaba el caso de una sociedad que se dedicaba a la prestación de servicios de administración, gestión, consultoría, asesoramiento jurídico, fiscal, contable, laboral y financiero a empresas e inversiones y, en general, la prestación de servicios profesionales.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como no podía ser de otra forma en sede judicial, no solo la escritura de constitución y estatutos sociales, así como circunstancias de las inscripciones registrales fueron tenidas en cuenta, para afirmar que aquí sí se apreciaba la existencia de una auténtica sociedad profesional y no una sociedad de mera intermediación.

De hecho la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, que confirma la disolución de la sociedad profesional por no haberse adaptado en forma y plazo a la Ley de Sociedades Profesionales conforme a la debatida disposición transitoria de la misma, se refería al respecto de la siguiente forma:

«De la abundante prueba documental, pericial judicial, interrogatorio y testificales, quedó debidamente probado en el proceso que la demandada es una sociedad profesional, teniendo en cuenta que la sociedad es la titular de la relación jurídica establecida con el cliente, siendo la sociedad la deudora de la prestación de los servicios y la acreedora de los honorarios correspondientes, con un ejercicio en común de la actividad profesional, actuando los socios en el seno de la sociedad, girando bajo la razón social o denominación social, y asimismo con posterioridad a la expiración del plazo legal de adaptación (16 de diciembre de 2008), se continuó facturando bajo el membrete y la razón social de la demandada y se ejerció en común la actividad (...)

que la conclusión a que se llegó sobre su naturaleza de sociedad profesional y su objeto social (art. 2 LSP), no queda desvirtuada por la circunstancia de que, dentro del servicio integral al cliente, se realizasen tareas auxiliares de gestoría, contabilidad o de naturaleza tributaria, por parte de empleados que puedan no reunir las circunstancias de titulación y colegiación de los socios profesionales, por no ser requeridas para dichas tareas, y tratarse de tareas auxiliares bajo la dirección de los socios profesionales, estrechamente conectadas o vinculadas con las desempeñadas por estos, y de carácter necesario, además, para la consecución del propio fin social consistente en la prestación de un mejor servicio integral al cliente que contrata con una sociedad profesional, desde la perspectiva finalista de la naturaleza instrumental y auxiliar de aquellas tareas, respecto de las desempeñadas por los propios socios profesionales que conservan siempre su carácter principal, sin que quepa apreciar vulneración ni desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 2 LSP (LEG 1922, 70) por lo anteriormente argumentado».

En este caso, sí se apreció la existencia de socios profesionales que eran quienes actuaban en el seno de la sociedad ejerciendo en común la actividad profesional.

Por otro lado, la estructura social que también se efectúa en el tráfico jurídico para estar en el ámbito de las sociedades de intermediación pasa también por la interposición de sociedades no profesionales como accionista único de la sociedad de intermediación con el ánimo de no contar igualmente con el requisito subjetivo de la necesaria presencia de socios profesionales, lo que sin duda y pese a ser una opción posible en la práctica y correcta desde un punto de vista interpretativo y enjuiciador de la situación de hecho concreta, no es menos cierto, que con ello el ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales se reduce enormemente, lo que también debería servir de reflexión a los distintos operadores sobre si realmente se han cumplido las expectativas que supusieron la motivación de la aprobación de la Ley de Sociedades Profesionales en el año 2007. Ahora bien, esta cuestión es otro problema diferente al que nos ocupa y nos limitamos en estos momentos a apuntarlo someramente y a constatar la enorme dificultad que se nos presenta en la práctica para enjuiciar el carácter profesional o no de una sociedad pese a los loables intentos que determinadas resoluciones judiciales están elaborando como ocurre con la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2017.

II. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISOLUCIÓN REGISTRAL DE SOCIEDADES POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES

Las actuaciones registrales disolviendo de pleno derecho las sociedades profesionales, a juicio del registrador mercantil, que vienen siendo validadas por la

Dirección General de los Registros y del Notariado, están siendo reiteradamente criticadas por numerosas voces, con argumentos de mayor o menor calado, pero destacando a nuestro juicio dos por encima de todos, a saber: la necesaria intervención judicial en el procedimiento de disolución de una sociedad y la necesaria observancia de los principios del procedimiento administrativo.

En realidad, somos deudores de opiniones de diferentes autores que se han venido pronunciando sobre la cuestión, sin duda con sumo acierto², por lo que el hecho de la reiteración en la práctica del problema registral suscitado nos ha hecho no solo sumarnos a las anteriores críticas (CAMPIN VARGAS, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, HIGUERA SERRANO, por ejemplo), sino volver a poner de manifiesto aspectos interesantes de nuestro Derecho de Sociedades que aún por haberse tratado igualmente con acierto por otros autores en su momento (por ej. GIRÓN TENA, PAZ-ARES y PANTALEÓN PRIETO) hace tiempo han de traerse a colación con el tema que nos ocupa, o sea, la necesaria intervención judicial en la disolución de sociedades pretendidamente profesionales que no se hayan adaptado en tiempo y forma al plazo que al efecto prevé la disposición transitoria primera de la Ley de Sociedades Profesionales.

Al hilo del problema expuesto, HIGUERA SERRANO ha apuntado lo siguiente: «Entre los mercantilistas ha sido invocado por un importante sector el derecho de asociación del artículo 22 CE, interpretado en sentido amplio, como fundamento del reconocimiento de la sociedad en formación por la Ley 19/1989 (y TR de la LSA de 1989), *«en la medida en que puede amparar el derecho al surgimiento de una sociedad mercantil»*, por lo que antes y sin necesidad de la inscripción existe una *«entidad societaria»*, al igual que en la sociedad irregular, puesto que el artículo 22 CE solo exige la inscripción a efectos de publicidad.

Sin ahondar en dichas consideraciones ahora, hemos de decir que la propia RDGRN de 14 de febrero de 2001 sostuvo la innecesariedad de la inscripción de la sociedad civil para tener personalidad jurídica con base precisamente en el derecho de asociación del artículo 22 CE.

No deja de ser esclarecedor que el número 4 del artículo 22 CE establece que las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada (lo que confirma la necesidad que nosotros defendemos del acto jurídico declarativo o constitutivo de la disolución que se dice operada por órgano competente).

Previamente ALFARO ÁGUILA-REAL, se había referido sobre la cuestión en otra entrada de su blog donde comenta lo siguiente: «El comentarista se enfrenta a la objeción según la cual, las sociedades de capital no estarían protegidas por el derecho de asociación, objeción que rechaza correctamente a mi juicio, remitiéndose a los preceptos del Código civil sobre las asociaciones que incluye (arts. 35 y sigs. CC) que incluye, como no podía ser de otra forma las asociaciones «de interés particular». Por tanto, y aunque es verdad que, cuando el Tribunal Constitucional se ha referido a las sociedades anónimas parece haber dudado de que sean, no agrupaciones de individuos, sino “agrupaciones de capital” y, por tanto, que puedan no ser titulares del derecho de asociación, la cuestión no se plantea, precisamente, en el caso de las sociedades profesionales porque, aunque adopten la forma de sociedad anónima o limitada, no cabe ninguna duda —por eso tienen una ley especial— de su carácter de agrupaciones de personas y, por tanto, “no cabe ninguna duda de que una sociedad profesional no puede ser disuelta (sino en) virtud de resolución judicial motivada”».

Esto es lo que se pone como objeto de debate y de aplicación al caso que nos ocupa, es decir, el posible recurso al artículo 22.4 de la Constitución española

para fundamentar la incompetencia del registrador mercantil para llevar a cabo la disolución de la pretendida sociedad profesional, e incluso inconstitucionalidad de su actuación, a cuyos efectos, recordamos lo siguiente: 4. *Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*

Si bien en los recursos del notario contra las decisiones del registrador mercantil que motivaron las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de junio de 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2018) y de 22 de noviembre de 2017 (BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017) se dejan entrever el anterior argumento constitucional en mayor o menor medida, no es menos cierto que en las referidas resoluciones que validan la disolución registral no se entra a discutir esta argumentación ni por tanto a rebatirla, dejándonos huérfanos por completo de la respuesta del Centro Directivo a un tema tan interesante existente en nuestro Derecho de Sociedades.

Recordamos aquí que el argumento constitucional ha sido también utilizado por la doctrina citada para combatir el criterio que instauró la criticadísima resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997 que vino a exigir injustificadamente la inscripción en el Registro Mercantil para dotar de personalidad jurídica a la sociedad civil, recurriéndose en ese caso al artículo 22.3 de la Constitución española que exige la inscripción a los solos efectos de publicidad cuando prevé lo siguiente: 3. *Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*»³.

Sin duda, fueron los trabajos del profesor GIRÓN TENA⁴ los que inicialmente nos revelan con sumo acierto la inteligencia del término «Asociación» en nuestro Derecho. Afirma GIRÓN TENA que «Desde el punto de vista de los conceptos, el “concepto” dogmático de “Asociación” y su diferenciación con el de “Sociedad” no solo les es indiferente a aquellas disposiciones, sino que quieren subsumir uno y otro bajo sus preceptos para su finalidad administrativa policial. Por ello ha de excluir expresamente de su aplicación a las “Sociedades Civiles y mercantiles”. “Asociaciones” es término, en sentido genérico enfrentado al de personas jurídicas fundacionales de los artículos 35 y 36 del Código civil. Son así Asociaciones las entidades que no sean Fundaciones. A la Ley le debe ser indiferente, para fines que no sean la aplicación de sus preceptos, que lo que no sean Fundaciones sean, desde el punto de vista de su naturaleza estructural-organizativa, Sociedad en sentido amplio o mínimo, Sociedad en sentido restringido (configurada «*intuitu personae*» como la anterior, más los elementos de publicación, permanencia y patrimonio) o Asociación (organización corporativa, estatuto, mayorías, órganos y, en definitiva, institucionalización o transpersonalización)».

También DE CASTRO⁵, nos ofrece un análisis sobre la materia en cuanto a la caracterización de la persona jurídica tipo asociación cuando entiende que: «La persona jurídica tipo asociación, se entiende referida a las asociaciones en sentido y estricto y también a las sociedades, lo que impide una definición bien precisada. Se le puede considerar como la personificación de un grupo de personas físicas (colectividad); es decir, organizada unitariamente para conseguir fines propios y determinados del propio grupo».

Por su parte, PAZ ARES⁶ en desarrollo de que su propuesta acerca de que cualquier fenómeno asociativo se ubica dentro del concepto de sociedad razona expresamente lo siguiente: «a) En primer lugar, *que el ordenamiento contiene un concepto de sociedad tan amplio que dentro de él caben todos los fenómenos asociativos* desde la asociación hasta las cuentas en participación, con independencia

de su identidad estructural y causal (...) b) La hipótesis establecida significa, en segundo lugar, que el género de los fenómenos asociativos es la sociedad y no la asociación. Así formulada, la hipótesis choca ciertamente con el tenor literal de los artículos 35 y 36 que configuran las sociedades (asociaciones de interés particular) como una subespecie del concepto general de asociación. Partiendo de esta idea, se ha tratado de argumentar, con base en la Ley de Asociaciones de 1964, que el régimen general de los fenómenos asociativos estaría precisamente en dicha Ley y no en la disciplina de la sociedad. La función que aquí se asigna a la sociedad general vendría a ser cumplida por la asociación (así *Duque, Societté et association*, 73 y sigs., esp. 83-84). Esta tesis, sin embargo, no puede compartirse. La tesis, se funda en la neutralidad causal de la asociación (cosa de por sí ya discutible, a pesar de la redacción del artículo 2.1 Laso.), pero pierde de vista que la asociación no es neutral desde el punto de vista estructural. La asociación, tal y como está delineada en la Ley de 1964, constituye un tipo corporativo (de base impersonal, régimen estatutario, funcionamiento colegial, etc.) que se revela absolutamente inidóneo para absorber la fenomenología asociativa o societaria más elemental (v. Girón, *Der. Soc. I*, 29). Cuestión distinta es que en el orden terminológico como concepto genérico la voz asociación y distinguir dentro de ella dos estructuras diferenciadas, una de carácter corporativo o asociativo en sentido estricto y otra de carácter individualista o societario en sentido restringido (así FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; *Atipicidad*, 301). Este planteamiento tendría la virtud de entroncar perfectamente con el vértice normativo de toda la materia: el artículo 22 CE. La norma constitucional, en efecto, al reconocer el derecho de asociación, está empleando la expresión en sentido genérico, que abraza todas las posibilidades asociativas y societarias. Entendemos, no obstante, que, desde el punto de vista normativo, esta terminología puede inducir a confusión. La razón se comprende sin esfuerzo: la disciplina de la asociación en sentido genérico, que tendría que absorber la fenomenología típica, se halla en el régimen de la sociedad».

Ahora bien, en el tema que nos ocupa entendemos sumamente primordial acudir al trabajo del profesor PANTALEÓN PRIETO⁷ que con un título clarificador nos hace extraer conclusiones que sin duda coadyuvan a la idea que mantenemos, a saber, la necesaria intervención judicial en la disolución de una sociedad por el mandato constitucional establecido en el artículo 22.4 de la Constitución española.

PANTALEÓN PRIETO sobre la base de un riguroso estudio denomina «*asociación en sentido amplio*» a toda agrupación de personas, de origen negocial, para la común promoción del fin acordado, resultando que su origen negocial la distingue de la Corporación y su composición personal la distingue de la Fundación. Este autor acoge el concepto de «*asociación en sentido estricto*» para designar a toda asociación en sentido amplio que no sea sociedad.

Como hemos podido observar hasta ahora la base común pivota sobre el estado que comporta la unión o agrupación de personas para entender que dicha unión o agrupación es una nota inherente por tanto a la sociedad y a la asociación. Con la intención de establecer una distinción entre ambos conceptos el de sociedad y asociación, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*, 40) razona lo siguiente: «Desde la Ley de Asociaciones de 1964, una normativa propia de asociaciones estructuradas corporativamente (arts. 3.2 y 6.º LA), es indudable que el correcto criterio de distinción entre asociación y sociedad no puede ser sino un criterio estructural: su estructura corporativa, organizada estatutariamente, caracteriza a las asociaciones frente a las sociedades, agrupaciones organizadas

contractualmente, según esquemas personalistas. Conforme a este criterio, son asociaciones junto a las reguladas en la Ley de 1964, las cooperativas, las entidades de previsión social, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones, las de responsabilidad limitada, etc. Y las sociedades civiles, las colectivas, las comanditarias simples, las agrupaciones de interés económico, las cuentas en participación, los condominios navales o las agrupaciones temporales de empresas serían tipos o formas de sociedades».

Tanto PANTALEÓN PRIETO como PAZ ARES, nos ofrecen claramente la visión de que el ánimo de lucro no puede ser el criterio distintivo entre la asociación y la sociedad. De esta forma, acertadamente ambos autores coinciden que el reconocimiento del derecho de asociación en el artículo 22 de la Constitución española deja de suponer el ámbito de protección y especial vigilancia suponían que el asociacionismo tuviera un fuerte control administrativo en la legislación de asociaciones de 1964 que implicó en su momento que la actividad lucrativa fuera el criterio distintivo entre ambas figuras (*Vid.* PAZ ARES, *op. cit.*, 1307 y 1308; y, PANTALEÓN PRIETO, *vid. op. cit.*, 41), ello da lugar al sostenimiento en tal régimen de ideas que aunque si bien es cierto como afirma PANTALEÓN PRIETO que una asociación puede efectuar actividades económicas auxiliares, si efectivamente se quiere realizar una actividad económica principal de carácter mercantil, aun sin ánimo de lucro, resulte necesario acudir al fenómeno societario, por lo que termina concluyendo su distinción de la siguiente forma (*vid. op. cit.*, 44): «Quien comparta lo dicho hasta aquí, estará de acuerdo en que dos son los criterios de clasificación de las asociaciones en sentido amplio típicas que hoy cabe razonablemente utilizar. Uno *estructural*, que distingue la que aquí he llamado «corporaciones jurídico-privadas» (asociaciones de estructura corporativa) de las que podían denominarse «sociedades contractuales» (asociaciones estructuradas según esquemas personalistas). Y uno *objetivo*, que, en el ámbito de las corporaciones jurídico privadas, distingue las asociaciones, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica, de las sociedades que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, como objeto principal; asociaciones y sociedades, que podríamos llamar «estatutarias»».

El meritorio esfuerzo clasificador e interpretativo anterior que efectúa nuestra doctrina, sin embargo, no encuentra con claridad su reflejo en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Asociaciones, a saber, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, que en el apartado II establece que:

«La presente Ley Orgánica, siguiendo nuestra tradición jurídica, limita su ámbito a las asociaciones sin fin de lucro, lo que permite dejar fuera del ámbito de aplicación de la misma a las sociedades civiles, mercantiles, industriales y laborales, a las cooperativas y mutualidades, y a las comunidades de bienes o de propietarios, cuyas finalidades y naturaleza no responden a la esencia comúnmente aceptada de las asociaciones, sin perjuicio de reconocer que el artículo 22 de la Constitución puede proyectar, tangencialmente, su ámbito protector cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial».

La Ley Orgánica del Derecho de Asociación parte a nuestro juicio de un criterio distintivo entre la asociación y la sociedad como es el ánimo de lucro que también en nuestra opinión ha de entenderse superado tras el libre reconocimiento del fenómeno asociativo en nuestro artículo 22 de la Constitución española, así como por el hecho de que tampoco es el ánimo de lucro un criterio que nos sirva para ser catalogado como de necesaria presencia en el que pudiéramos denominar fenómeno societario (ej. en la Agrupación de Interés Económico),

aunque no es menos cierto que nos deja un importante mensaje que en múltiples ocasiones pasa por completo desapercibido, como es la afirmación de que incluso a las sociedades se puede proyectar el ámbito protector del artículo 22 de la Constitución española «...cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial», y eso es precisamente lo que puede predicarse del asunto debatido, como con posterioridad intentaremos justificar como presupuesto exigido por el propio legislador para extender el ámbito de protección del artículo 22 de la Constitución española a la sociedad, entre cuyo haz protector, no nos olvidemos, se encuentra la necesidad de que la asociación (sociedad) solo pueda ser disuelta tras resolución judicial motivada, pero sobre esto volveremos más adelante.

Sirva por tanto la exposición de las anteriores opiniones doctrinales para ayudarnos a comprender —en la terminología que adoptamos de PANTALEÓN PRIETO— como conceptualmente nos encontramos ante un concepto amplio de asociación que engloba a las asociaciones en sentido estricto (ej. asociaciones estatutarias de la Ley Orgánica de 2002) y a las sociedades estatutarias (ej. sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada) y a las sociedades contractuales o sociedades en sentido estricto (ej. sociedad civil), teniendo presente que las sociedades profesionales ex. Ley 2/2007 pueden constituirse bien la forma de una sociedad estatutaria o de una sociedad contractual, que pertenecen ambas al concepto amplio de asociación.

Llegados a estas alturas, hemos de notar también que el propio Tribunal Constitucional, se ha ocupado en su ámbito de conocimiento acerca de la distinción entre asociación y sociedad. De esta forma, se pronuncia (FJ 9.º) la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1996 (RTC 1996\5), cuando razona que:

«Aunque el derecho de asociación requiere, ciertamente, de una libre concurrencia de voluntades que se encauza al logro de un objetivo común, no es constitucionalmente correcto identificar, en todo caso y sin matización alguna, ese pacto asociativo con un contrato civil, trasladando analógicamente la teoría general del contrato al derecho de asociación, pues, si bien es cierto que la sociedad civil o las asociaciones de interés particular a que se refieren los artículos 35.2 y 36 del Código civil son una modalidad asociativa, no lo es menos que el derecho de asociación, en tanto que derecho fundamental de libertad, tiene una dimensión y un alcance mucho más amplio, que sobrepasa su mera consideración iusprivatista.

En este sentido, no es necesario insistir acerca de las notorias diferencias existentes entre las sociedades civiles o mercantiles, sometidas, según su particular forma jurídica, a regímenes jurídicos diversos, de aquellas otras asociaciones — como la ahora actora — que persiguen fines extra commercium y cuya naturaleza es completamente distinta. Ni el pacto fundacional de estas últimas asociaciones se identifica plenamente con el concepto de contrato civil de sociedad, ni —como se dijo en la STC 218/1989 (RTC 1989\218)— el acto de integración en una asociación es un «contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el artículo 1256 del Código civil, sino que consiste (...) en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no solo jurídica sino también moral que constituye la asociación».

Sin embargo, en nuestra opinión resulta clave el entendimiento que ha realizado el propio Tribunal Constitucional del significado del mandato constitucional recogido en el artículo 22.4 de la Constitución española en cuanto la necesaria intervención judicial en la disolución de una asociación.

De esta forma, en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 115/1987 de 7 julio de 1987 (RTC 1987\115) se analizó la constitucionalidad del

artículo 8.2 de la derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que literalmente preveía lo siguiente:

«2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».

Es decir, se enjuiciaba la constitucionalidad de que una autoridad administrativa pudiera acordar la suspensión de una asociación.

En la referida sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional se razonó al respecto como sigue:

«Se sostiene en la demanda la inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, por vulneración de los artículos 22.4 y 14, en relación con el artículo 13.1, todos ellos del Texto constitucional.

El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece:

«El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las Asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atente gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».

Entiende el Defensor del Pueblo que este precepto ignora el contenido esencial del derecho de asociación, porque ni el artículo 22 de la Constitución ni los Tratados internacionales autorizan restricciones diversas de las en ellos previstas, introduciendo una alteración peyorativa y disminuyendo el régimen de garantías establecidas para su ejercicio, mediante la admisión de la suspensión administrativa de las asociaciones legalmente constituidas.

Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el artículo 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. En esta línea el artículo 8 de la Ley Orgánica 7/1985 reconoce el derecho de asociación de los extranjeros y además también la aplicación a tal derecho de las mismas normas generales aplicables a los españoles. Al mismo tiempo y como única especialidad relevante establece esta posibilidad de suspensión administrativa, pero solo cuando concurren determinadas circunstancias. El problema también aquí es si el legislador ha respetado o no el contenido preceptivo del artículo 22 de la Constitución.

El derecho de asociación reconocido en las modernas Constituciones supone «la superación del recelo» con que el Estado liberal contempló el fenómeno asociativo —STC 67/1985, de 24 de mayo (RTC 1985\67)— de ahí que, en su vertiente positiva garantice la posibilidad de los individuos de unirse para el logro de «todos los fines de la vida humana», y de estructurarse y funcionar el grupo así formado libre de toda indebida interferencia estatal.

La suspensión y disolución administrativa de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal, sobre todo, el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad. En relación con la tradicional actitud estatal —y a efectos de determinar hasta qué punto queda afectado el contenido esencial del derecho de asociación —, la prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece solo, como norma atributiva de competencias

(que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que solo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana. El que la decisión se adopte por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales.

A estas razones responde el artículo 22.4 de la Constitución, que establece que «las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

El problema así planteado es el de si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el artículo 22.4 de la Constitución. El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.

No cabe duda que el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros. Por ello ha de admitirse, con el recurrente, la inconstitucionalidad del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio».

Las conclusiones del Tribunal Constitucional son absolutamente claras y rotundas en cuanto al alcance del artículo 22.4 de la Constitución española:

i) La suspensión y disolución administrativa de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal.

ii) La prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece solo, como norma atributiva de competencias (que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que solo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana.

iii) Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

iv) La suspensión y disolución administrativa de una asociación resulta inconstitucional por incompatibilidad con lo previsto en el artículo 22. 4 de la Constitución española.

Como puede observarse, nos encontramos pues ante una evidente coincidencia entre el supuesto que venimos analizando y tildando de inconstitucional, a saber, la disolución registral de las sociedades por no haberse adaptado en tiempo y forma a las previsiones de la Ley de Sociedades Profesionales con el supuesto analizado en la meritada sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm.

115/1987 de 7 de julio de 1987 (RTC 1987/115), con igual conclusión lógicamente predicable, a saber, la inconstitucionalidad de la actuación registral.

Es en estos momentos cuando hemos de colacionar igualmente la previsión del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (II) cuando después de distinguir incorrectamente entre asociación y sociedad razona debidamente que incluso a las sociedades se puede proyectar el ámbito protector del artículo 22 de la Constitución española «...*cuando en este tipo de entidades se contemplen derechos que no tengan carácter patrimonial*».

Ante dicha colación, tributaria de las palabras del propio legislador, no podemos por menos que afrontarla en estos momentos desde el mantenimiento de que la previsión constitucional de la necesaria disolución judicial de una asociación ha de ser necesariamente con tal carácter, a saber, judicial, sin que pueda admitirse una disolución administrativa de una asociación ni siquiera de una sociedad al ser dicha intervención judicial un contenido mínimo del derecho de asociación y no un mero derecho de carácter patrimonial, sobre la base de la nota común a ambas entidades como es la agrupación de personas.

Adicionalmente a lo anterior, en la resolución de 19 de junio de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Burgos a inscribir la escritura de declaración de unipersonalidad sobrevenida y cese y nombramiento de administradores de una sociedad, se recogen unas interesantes alegaciones sobre la naturaleza (pública) del procedimiento registral y de otros principios constitucionales que a juicio del recurrente también resultan infringidos.

De esta forma, se argumenta también ante la cancelación de oficio de la sociedad inadaptada a la Ley de Sociedades Profesionales lo siguiente:

«El acto registral, se caracterice como se caracterice, es indudable que tiene naturaleza de actuación pública (lo realiza un funcionario público en el ámbito de su competencia en el ejercicio de una función o prestación de un servicio público), razón por la que le han de ser aplicables los elementos esenciales de los procedimientos de actuaciones públicas, en particular los principios constitucionales y los principios generales en materia de procedimientos de dicha naturaleza, con el plus de protección que la CE establece cuando los mismos afectan a derechos fundamentales y libertades públicas.

Entre dichos elementos esenciales, resulta aplicable al procedimiento registral todo lo que concierne a la motivación, notificación, participación y posibilidad de alegaciones de los afectados —singularizado a cada tipo de decisiones—

Lo que no cabe en ningún caso es la «vía de hecho», es decir, una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde la simple prepotencia fáctica («con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» exige el art. 103 CE).

El procedimiento registral, aunque sea un procedimiento especial, al tratarse de un procedimiento de naturaleza pública, debe contener los elementos esenciales de dichos procedimientos.

Pues bien, como se ha indicado más arriba, la DT 1 en su párrafo primero impone un deber de adaptación a la LSP a aquellas sociedades preexistentes a las que les fuera aplicable a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.1.

En cada caso concreto tendrá que determinarse si ese deber general y abstracto de la ley se convierte en deber específico u obligación legal para cada sociedad en particular mediante una operación de aplicación de la norma conforme a algún tipo de procedimiento, ya que la ley directamente no lo establece.

Todo ello presupone que el obligado, (i) ha conocido el acto mediante notificación formal (art. 97,2 LPAC: «El órgano que ordene un acto de ejecución material

de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa») y (ii) ha dispuesto de un tiempo para el cumplimiento voluntario y poder efectuar alegaciones (aparte de que en el procedimiento de ejecución forzosa siempre se exige un «previo apercibimiento» - LPACAP)».

Con especial rotundidad, HIGUERA SERRANO⁸ se refiere sobre la particular actuación del registrador mercantil en la cancelación de oficio, del siguiente modo: «El registrador mercantil efectúa en forma sumarisima (e íntima) un proceso complejo de consideración jurídica de un supuesto concreto —contrariando el rosario de preceptos constitucionales que reseñamos— anteponiendo una decisión que nadie le ha pedido ni ninguna norma le ha atribuido y la va a adoptar sin procedimiento formalizado alguno (art. 103,1; 117,1; 117,3 CE), sin audiencia (art. 24; 105,c CE) ni notificación a nadie (art 24,1 CE), para concluir unilateralmente, sin motivación (art. 127,3 CE), con una decisión que no exterioriza o plasma en documento escrito alguno (art. 9,3; art. 29,1 CE), y ejecuta por sí mismo, practicando a resultados de todo ello un asiento registral de disolución de la sociedad mercantil, alterando la situación registral previa y plena de la sociedad —que estaba bajo la salvaguardia de los tribunales— (art. 9,3 y 117,3 CE), sin consentimiento del titular registral (105 c CE) ni de resolución judicial o administrativa alguna, sin título material ni formal alguno para su práctica (art. 103 CE), privando de buena parte de sus derechos —degradándolos— a esa sociedad y socios, entre ellos los de la propiedad plena y libre transmisibilidad de sus participaciones sociales (art. 33 y 106 CE), que no solo afecta a los propietarios sino a los titulares de derechos reales sobre las mismas (usufructos, prendas, opciones, etc.). Así mismo contraviene el registrador mercantil total y absolutamente las obligaciones posteriores a la formalización del asiento de cancelación practicado, al dejar sin constatar la realización de la específica inscripción o asiento de cancelación en la obligatoria nota específica de inscripción (art. 9,3 CE) en la que, por imperativo legal, debería informar de lo hecho y de la mención —aunque meramente formularia— a que ha realizado la correspondiente calificación para ese asiento de cancelación. Nada, ni antes, ni durante, ni después de toda esta nihilista actuación registral, realizada sorpresivamente y que ha determinado la expulsión de la sociedad del Registro Mercantil».

En relación con este tema, hemos de recordar que el carácter de funcionario público del registrador mercantil viene expresamente atribuido en el artículo 536 del Reglamento Hipotecario, que expresamente prevé lo siguiente:

Artículo 536.

Los registradores de la propiedad y mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral.

Por su parte, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio de 2007 dice literalmente, sobre la sujeción al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas:

«El Legislador ha optado claramente por entender que la actuación calificadora de los registradores no es un acto de jurisdicción voluntaria, o un tertium genus entre el procedimiento administrativo y el de jurisdicción voluntaria, sino que participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de actuación de las Administraciones Públicas. En suma,

aun cuando el funcionario calificador no dicte actos administrativos, sin embargo su calificación no puede sino ser considerada un acto de Administración —porque proviene de un funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria) titular de una oficina pública, como es el Registro (art. 259 de la Ley Hipotecaria)— basado en Derecho Privado y, desde esa perspectiva, sujeto a las reglas generales de elaboración de cualquier acto administrativo».

En efecto, según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas la resolución de 14 enero de 2012, con criterio confirmado por otras posteriores, como las de 16 de mayo [RJ 2012, 7867] y 7 de diciembre de 2012 [RJ 2013, 713]), respecto de la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a que queda sujeto, resulta particularmente relevante la doctrina legal fijada por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 3 de enero de 2011 (RJ 2011, 426), y de la que resultan los siguientes criterios: a) la función de la calificación registral presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas. Estas particularidades justifican secularmente su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto —artículo 3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—; b) por ello la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta; c) es cierto que esta Dirección General de los Registros y del Notariado es un órgano administrativo y que sus resoluciones tienen naturaleza administrativa. Sin embargo, la inserción de estas en el ámbito de la función de calificación de los registradores de la propiedad las dota de características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa, las cuales no solo se han mantenido, sino que se han acentuado en las sucesivas modificaciones de la Ley Hipotecaria (en concreto, por ejemplo, en la Ley Hipotecaria se establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas mediante las que se solicite la nulidad de las resoluciones de este Centro Directivo por las que se resuelven recursos contra la calificaciones negativas de los registradores de la propiedad); d) La resolución de esta Dirección General no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto, sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil; e) de esto se sigue que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de esta Dirección General no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral; f) lo anterior no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral, o cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento; g) en concreto, los efectos del silencio o falta de resolución tempestiva se regulan en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, sin que exista una remisión al régimen administrativo del silencio administrativo; y, h) finalmente, esta conclusión queda confirmada a la vista de la evolución reciente de la legislación hipotecaria, a tra-

vés de las distintas modificaciones introducidas, en la que se pone de manifiesto un propósito del legislador de subrayar el carácter específico del procedimiento de resolución de recursos por este Centro Directivo, especialmente en materia de silencio administrativo, respecto del régimen administrativo general. Así, se utiliza la expresión «desestimación presunta» (art. 327, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria, según la redacción introducida por la Ley 62/2003 [RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892]), que apunta al carácter firme del silencio administrativo negativo y que ha sido por ello desterrada de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246). Por otra parte, se establece un régimen de caducidad automática del asiento de presentación en función de la extinción del plazo de interposición de la demanda civil contra la resolución de esta Dirección General (art. 327, penúltimo párrafo, de la Ley Hipotecaria, según la redacción introducida por la Ley 62/2003), el cual tendría poco sentido en el caso de que este Centro Directivo pudiera, y estuviera obligado, a dictar una resolución posterior en sentido contrario. Mientras en la primera redacción de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común el silencio negativo tenía características más próximas a las de un acto presunto, en ciertas condiciones de carácter irrevocable, a partir de la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), el silencio negativo se configura como una mera ficción que no permite sostener la existencia de un acto administrativo. Por ello, la legislación hipotecaria constituye el marco normativo fundamental —de aplicación preferente, por tanto— que regula el desarrollo procedimental del recurso contra la calificación registral.

Como podemos observar y de conformidad con lo establecido por la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo aunque en la función registral no se dicte un auténtico acto administrativo⁹, sí que se permite el recurso a la legislación administrativa *cuando se trate de normas administrativas que respondan a los principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento*.

Pues bien, en nuestra opinión, otra ostensible vulneración constitucional en la que cae el procedimiento de cancelación registral de oficio de las sociedades pretendidamente profesionales que no se hubieran adaptado en plazo previsto en la disposición transitoria primera es la vulneración del principio constitucional de contradicción que emana de lo previsto en el artículo 24 de la Constitución española, que evidentemente es un principio propio de todo nuestro Ordenamiento Jurídico y por tanto, plenamente aplicable a la actuación administrativa del registrador, según el razonamiento del Tribunal Supremo antes expuesto.

Así en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses.

Este principio de defensa contradictoria ha de verse complementado con el de igualdad de armas en el proceso y en el ejercicio de los recursos, de manera tal que esa posibilidad de alegación y prueba sea real y efectiva para las partes comparecidas en estos últimos.

Particularmente, este principio de contradicción se encuentra regulado en el seno del procedimiento administrativo a lo largo de todo el articulado de la normativa administrativa reguladora del procedimiento administrativo común.

Así, el artículo 8 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas impone el deber de comunicación del procedimiento a personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se comunicará a dichas personas la tramitación del procedimiento.

Otra manifestación del principio de contradicción la podemos encontrar en el artículo 4.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuanto permite la personación en el procedimiento por propia iniciativa a los siguiente interesados: c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

La vulneración del principio contradictorio en el caso analizado se torna flagrante y de especial gravedad si tenemos presente que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; el derecho a la proposición de pruebas según lo normado en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados así como al derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos, según lo previsto en el artículo 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En conclusión, la inconstitucionalidad de la disolución registral se justifica, como hemos visto, principalmente, por la vulneración del principio de contradicción (art. 24 de la Constitución española) y de la reserva a la autoridad judicial del procedimiento liquidatorio de las asociaciones en sentido amplio (sociedades), en función de la previsión del artículo 22.4 de la Constitución española.

III. BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994: Sala Primera). *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997.
- GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias. Madrid, 1976.
- HIGUERA SERRANO. <https://almacendederecho.org/la-cancelacion-registral-oficio-sociedades-sospechosas-sociedades-profesionales/>
- PANTALEÓN PRIETO. Asociación y sociedad (A propósito de una errata CC). *Anuario de Derecho Civil*. Año 1993-1.
- PAZ ARES. *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- REDONDO TRIGO. Las sociedades profesionales y su objeto social en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de

diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 84, núm. 707, 2008.

- De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 736, 2013.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC (Pleno) núm. 115/1987 de 7 julio de 1987
- STC 5/1996
- STS (Sala Primera) de 3 de enero de 2011
- STS de 18 de julio de 2012
- SAP de las Palmas de 25 de junio de 2013
- SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2017
- RDGRN de 31 de marzo de 1997
- RDGRN de 6 de junio de 2007
- RDGRN de 21 de diciembre de 2007
- RDGRN de 14 de enero de 2012
- RDGRN de 7 de diciembre de 2012
- RDGRN de 2 de julio de 2013
- RDGRN de 22 de noviembre de 2017
- RDGRN de 19 de junio de 2018

NOTAS

¹ La doctrina que proponía esta resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 2007 fue objeto de atención y comentarios por nuestra parte. *Vid.* REDONDO TRIGO. «Las sociedades profesionales y su objeto social en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 21 de diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 84, núm. 707, 2008, 1396-1421.

Sobre la dificultad de discernimiento, nos pronunciábamos así hace ya una década: «*El principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española debe ser el referente que marque la autonomía de la voluntad para la elección del correspondiente tipo social. No obstante, dicha libertad y autonomía tienen como uno de sus límites la vulneración de una norma de carácter imperativo de cuya indudable naturaleza goza la Ley 2/2007. Con cautela han de realizarse las interpretaciones de los objetos sociales de aquellas sociedades que en un primer momento pudieran caer dentro o fuera del ámbito de dicha Ley 2/2007, con el objeto de no cercenar la referida libertad en la configuración del tipo social. No obstante, no es menos cierto que dicha cautela en la interpretación del negocio fundacional debe ser ponderada con el debido respeto al cumplimiento de los mandatos imperativos de la Ley 2/2007, para evitar el triunfo de mecanismos fraudulentos o simulatorios sobre la imperativa aplicación de la Ley 2/2007. Es decir, nos enfrentamos sin duda a un difícil ejercicio interpretativo en el que ha de ponderarse pues, la libertad de empresa y la imperatividad normativa como límite de la misma.*»

² Destacan las entradas al respecto de autores como ÁLFARO AGUILA-REAL, CAMPIN VARGAS e HIGUERA SERRANO en el blog Almacén de Derecho, www.almacenederecho.org o la Álvarez Royo-Villanova en www.notariosyregistradores.com.

³ Sobre este tema también nos ocupamos en su momento, *vid.* REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 736, 2013, 1258-1291.

⁴ GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades Colectivas y Comanditarias. Madrid, 1976, páginas 35 y siguientes.

⁵ DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, 78 y 79.

⁶ PAZ ARES en, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, págs. 1.301 y 1302.

⁷ PANTALEÓN PRIETO. Asociación y sociedad (A propósito de una errata CC). *Anuario de Derecho Civil*. Año 1993-1.

⁸ HIGUERA SERRANO. <https://almacenederecho.org/la-cancelacion-registral-oficio-sociedades-sospechosas-sociedades-profesionales/>

⁹ Sobre la discusión al respecto en cuanto, *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. La Administración pública de Derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico-privadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994: Sala Primera). *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, 211-228.