

**LA ADMINISTRACION PUBLICA DE DERECHO
PRIVADO Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
QUE INCIDEN EN LAS RELACIONES
JURIDICO-PRIVADAS**
**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 22 de diciembre de 1994. Sala Primera)**

Por

CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE DERECHO PRIVADO Y SUS REPERCUSIONES EN LA CALIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DETERMINADAS INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS.—2. BREVE ANÁLISIS DE LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD EMANADA DEL REGISTRO MERCANTIL.—3. ERRORES MÁS COMUNES EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD EMANADA DEL REGISTRO MERCANTIL. LOS INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS PROPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA LA EXPLICACIÓN DEL FENÓMENO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SOBRE EL DERECHO PRIVADO: A) *La calificación de la actividad registral mercantil como actividad de jurisdicción voluntaria.* B) *La ya consolidada confusión entre el acto administrativo registral y el acto registrado:* a) El acto administrativo registral. b) El acto registrado.

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE DERECHO PRIVADO
Y SUS REPERCUSIONES EN LA CALIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DETERMINADAS
INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS

Desde ZANOBINI (1), en la doctrina administrativista española se emplea la expresión de «Administración Pública de derecho privado» para referirse a ese sector del ordenamiento que regula la actividad administrativa y que, directa o indirectamente, influye en la constitución de relaciones jurídico-privadas (2). Tal y como inicialmente fue concebida esta realidad jurídico-administrativa, *l'amministrazione del diritto privato*, se refería tanto al fenómeno de la intervención administrativa con objeto de la consecución de determinados servicios públicos como a la ejecución de funciones, también públicas, a través de las que de hecho se viene a operar una intervención limitativa del principio de autonomía de la voluntad tan característico de la vida jurídico-privada.

A partir de entonces, muy diversas teorías han utilizado la categoría

(1) Vid. G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. V, Milán, 1959, págs. 297 y ss.

(2) No obstante, el autor acoge la expresión de HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, Lipsia, 1892, págs. 169 y ss.

justificando diferentes fenómenos, surgiendo además otras denominaciones distintas que no han hecho sino referirse de forma parcial a una modalidad de él. Este es el caso del derecho administrativo económico o del derecho administrativo del consumo o de la competencia, entre otros. En todos ellos, el entramado de relaciones entre la Administración Pública y los sujetos privados sobre cuyas relaciones actúa permite un análisis desde diversas ópticas, siendo dominante hasta la actualidad la perspectiva iusprivatista, que viene considerando a la intervención administrativa sobre tales derechos únicamente como un embalaje o una forma que, a juicio de la mayoría de los autores, en nada afecta ni desnaturaliza al objeto privado sobre el que interviene (3).

Es ésta una perspectiva que, a nuestro juicio, precisa sin embargo de algunas correcciones, pues el fenómeno de la actividad administrativa tiene un sentido propio con consecuencias específicas, sustantivas e independientes; la más importante de las cuales ha de situarse en la posibilidad de su control a través de la delimitación de la jurisdicción que, en definitiva, ha de conocer de esa actividad que se opera sobre el derecho privado. En este terreno es en el que, sin duda, se producen mayores y más alarmantes confusiones ante el constante entrecruzamiento que de las normas de derecho privado y administrativo se observa en ciertos sectores del ordenamiento. Lo que por ello ningún análisis riguroso puede desconocer es la existencia y los efectos que de esa actividad se generan sobre las propias relaciones jurídico-privadas. Es obvio, pues, que la óptica administrativa se precisa en sectores del ordenamiento caracterizados casi de modo exclusivo por la doctrina iusprivatista como privados, no sólo para afirmar y delimitar el alcance de la intervención administrativa, sino incluso, en ocasiones, para afirmar su misma presencia ya que ésta ha tratado de negarse, acogiéndose exclusivamente a la naturaleza privada del objeto sobre el que actúa.

Sobre esta problemática se asienta la interpretación de la Sentencia 1161/1994, dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo —cuyo ponente fue el Magistrado Marina Martínez-Pardo— como consecuencia de un recurso contra la resolución denegatoria de una inscripción por parte del Registrador Mercantil y posteriormente confirmada en su integridad por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Se trata de un

(3) Son de esta opinión respecto a la actividad registral mercantil: P. CASADO BURBANO, *Derecho Mercantil Registral*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992; A. ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria*, Madrid, 1993; R. ILLESCAS ORTIZ, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VIII: *Las Cuentas anuales de la Sociedad Anónima*, vol. II, Madrid, 1993; J. M. CHICO ORTIZ, *Administración Pública de Derecho privado*, Madrid, 1988, y *La penetración del Derecho público en el Derecho privado: su reflejo constitucional y la repercusión en el Registro de la Propiedad*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 552, septiembre-octubre 1982; A. PAU PEDRÓN, «El Registro Mercantil», en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, T. V, vol. II, Madrid, 1992; J. M. NEILA NEILA, *La nueva Ley de Sociedades Anónimas: doctrina, jurisprudencia y directivas comunitarias*, Madrid, 1990, entre otros.

pronunciamiento que sin entrar en el fondo del asunto —por concurrir un defecto formal consistente en no estar la Administración del Estado representada por la Abogacía del Estado, sino por el Ministerio Fiscal— desconoce el cauce administrativo y la naturaleza administrativa de la resolución denegatoria de inscripción registral de los acuerdos societarios, negando en la práctica naturaleza administrativa a cualquier resolución emanada de la Administración Pública que tenga por objeto derecho privado, ya que afirma que *«tratándose de cuestión que afecta al derecho de las sociedades mercantiles, para acordar en Junta las retribuciones de sus administradores y a la publicidad registral que ha de darse al acuerdo mediante la inscripción correspondiente, para que produzca los efectos civiles previstos por la ley, es evidente que se trata de una cuestión eminentemente civil, y que por tanto, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe conocer este orden sin hacer uso de la regla, también contenida en el mismo artículo, según la cual el orden jurisdiccional civil conoce de todas las materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional»* (4).

Sin duda, en ocasiones, las interpretaciones del ordenamiento contenidas en una sentencia emanada de la jurisdicción ordinaria como la que aquí se comenta no tienen en apariencia, tantas repercusiones relevantes en el terreno jurídico que le es propio como sobre la delimitación del objeto de conocimiento de otra jurisdicción como la contencioso-administrativa que aquí nos interesa, siendo evidente que al limitarse a valorar la naturaleza privada del objeto de la resolución que se recurre como único criterio para la determinación de la jurisdicción que ha de considerarse competente, desconoce que lo que se juzga no es el objeto en sí de la resolución —que nadie niega que, efectivamente, pueda tratarse de un acuerdo de naturaleza privada—, sino la resolución en sí misma que deniega la inscripción de tal objeto, que, en todo caso, debemos afirmar se trata de una resolución administrativa.

El Registro Mercantil y, en general, los registros administrativos (5) son instituciones a través de las que se articula una determinada actividad administrativa sobre las relaciones jurídico-privadas con el fin de conse-

(4) La Sentencia, aunque referida a un supuesto específico: el de las retribuciones de los administradores, es extrapolable a otros muchos supuestos y reviste la novedad de pronunciarse expresamente sobre cuál se considera jurisdicción competente —la civil— para conocer de las resoluciones emanadas del Registro Mercantil. El ponente, P. J. MARINA MARTÍNEZ, es también autor del artículo *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», T. XXXII, en el que se manifiesta de la opinión de que el Derecho registral, por contenido y efectos y nexos con el Derecho civil, no debe separarse de dicha jurisdicción en caso de suscitarse contiendas. Apunta que *«escindir las cuestiones en órdenes diversos puede incluso provocar contradicciones de difícil reparación. Y pensamos también que la función calificadora bien puede ser incardinada entre los actos de jurisdicción voluntaria no encomendados a los jueces. Pero como todo acto de jurisdicción voluntaria, será apta para suscitar una contienda judicial»*.

(5) Esta expresión ha sido de hecho manipulada en el sentido de contraponer el registro administrativo al registro jurídico, como si aquél no tuviera efectos jurídicos sustantivos sino meramente formales: J. A. LEYVA DE LEYVA, *Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1989.

guir determinados efectos bajo los parámetros que refirió ZANOBINI cuando, con éxito, vino a utilizar la categoría de «Administración de derecho privado». Es claro que la mayoría de las instituciones registrales de nuestro ordenamiento constituyen un bloque normativo de naturaleza compleja cuyo objeto es el cumplimiento de fines e intereses públicos a través de diferentes modalidades o técnicas de actividad administrativa. El fomento de una determinada actuación privada en aras de la seguridad jurídica viene a ser la razón más común de la intervención administrativa, y esta coincidencia entre el interés público y el privado da lugar a que, desde diversos parámetros, se generalice, entre otras, la técnica de actuación administrativa de la inscripción o registración. En realidad, aunque de esta manera específica se designen desde el denominado «derecho mercantil registral» a las mencionadas actuaciones, éstas no son ciertamente distintas de las diversas modalidades administrativas clásicas de intervención que se manejan por nuestra doctrina. En todo caso, la inscripción o registración es el medio formal obligado para obtener una determinada protección jurídica y, en definitiva, la actividad administrativa propia de estas instituciones registrales opera en el marco de los derechos y relaciones *inter privatos*, produciéndose así un entrecruzamiento normativo y de efectos que caracteriza de modo muy singular a estas instituciones. Como ha apuntado S. MARTÍN-RETORTILLO, se trata de actuaciones que hay que entender también al servicio del interés público ya que *«éste condiciona en todo momento la actividad de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que utilice. El fin que se persigue es siempre un fin público. De ahí que aunque lo haga a través de cauces distintos, sean jurídico-públicos, o jurídico-privados, tal actividad debe hallarse en todo caso sustantivamente sometida al principio de legalidad»* (6).

2. BREVE ANÁLISIS DE LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD EMANADA DEL REGISTRO MERCANTIL

La Sentencia que se comenta apunta todas estas cuestiones en el ámbito de la institución registral mercantil. Se trata de aspectos que aún no han recibido una respuesta satisfactoria desde que, en sus orígenes, el Registro Mercantil fuera asumido por los Registradores de la Propiedad (7).

(6) V. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, T. I, Madrid, 1991, pág. 62, apunta el hecho de la intercambiabilidad de las distintas técnicas de actuación administrativa, lo que, a su juicio, conduce a la alternancia, siempre convencional, entre procedimientos jurídico-públicos y procedimientos jurídico-privados.

(7) Por Real Decreto de 20 de septiembre de 1919 se atribuye definitivamente la llevanza de los Registros Mercantiles a los Registradores de la Propiedad al confirmarse la previsión de los escasos rendimientos de los Registros Mercantiles y la práctica y experiencia de los de la Propiedad.

y, sin duda, los mismos son esenciales para la institución porque se refieren al control judicial de la actividad que emana y a la jurisdicción que finalmente venga a tener competencia para conocer de sus resoluciones.

Las dudas sobre ambos interrogantes han sido planteadas por numerosa doctrina y jurisprudencia, hasta la fecha sin unos parámetros claros que permitan articular el control judicial para el logro de una tutela realmente efectiva, lo que, lógicamente, de no mediar una reforma, habrá de repercutir en las garantías del usuario de estos servicios. La situación de desamparo se viene haciendo expresa recientemente incluso en las propias resoluciones del centro directivo —la Dirección General de los Registros y del Notariado— y, así, en la de 23 de junio de 1994 llega a apuntarse que *«las Resoluciones de este centro no determinan, y tampoco va a hacerlo en el presente caso, qué concretas acciones, ante qué jurisdicción y en qué plazo pueden ejercitarse, pues es al interesado al que compete a la vista de la naturaleza del acto, de su autor y de su forma, elegir la que a su juicio sea procedente o la más adecuada»*.

Los motivos que desde tiempo atrás vienen generando esta singular situación han sido muy diversos. El que plantea toda la problemática es sin duda la laguna legal que provoca la exclusiva valoración jurisprudencial y doctrinal del objeto privado sobre el que se articula la actividad registral. De otro lado, la *sui generis* organización del servicio induce también a confusión. Por ello, algún sector doctrinal ha tratado de comprender y encajar la naturaleza de la actividad registral en los cauces de la actividad judicial, enmarcándola en los exclusivos parámetros de la denominada jurisdicción voluntaria —a la que se otorga naturaleza judicial y no administrativa— en contraposición con la que conocemos como jurisdicción contenciosa. Así, ya en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1931 se consideró, por ejemplo, en uno de sus Considerandos *«el alcance de las funciones hipotecarias como procedimientos especiales asimilables a los de jurisdicción voluntaria, y el concepto del Registrador, como delegado del Poder administrativo ya que no es Juez territorial en el específico sentido de la frase, a quien la ley encomienda la tutela de los derechos reales inscritos, sin que esta tendencia doctrinal implique elevación de ciertos funcionarios públicos en desprestigio de otros, sino acatamiento y obediencia al ordenamiento jurídico que se halla por encima de todos»*. Del mismo modo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1961 atribuyó a la jurisdicción ordinaria las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles, afirmando de nuevo que la moderna técnica hipotecaria *«estima que el recurso gubernativo constituye uno de los supuestos de la denominada jurisdicción voluntaria; de ahí sus diferencias con los procedimientos de la contenciosa, puestos de manifiesto a través de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado inadmisibile la interposición del recurso contencioso-administrativo contra las Resoluciones de este Centro, dictadas en expedientes incoados por la califica-*

ción de los Registradores de la Propiedad, mientras admite tal recurso en los demás casos» (8).

Aún más confusa fue todavía la Resolución de 26 de junio de 1986 que, aunque referida al Registro de la Propiedad, apuntaba que *«la actividad pública registral se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los Registradores de la Propiedad están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles... Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa... Lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente»* (9).

No obstante, algunas sentencias, como la de 22 de octubre de 1962 —Sala 4— (10) o la de 17 de junio de 1960 —Sala 4—, del Tribunal Supremo (11) sí que al menos interpretaron la cuestión dando incipiente entrada

(8) También la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de febrero de 1968, atendiendo a consideraciones similares, afirmó que *«no es de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo para verificar el cómputo del plazo, sino el artículo 7 del Código Civil que establece que si la Ley habla de meses, se entiende que serán de treinta días...»*.

(9) Otro de los argumentos esgrimidos por la Dirección se apoya en el Decreto de 10 de octubre de 1958 que regulaba los procedimientos administrativos especiales, pues su artículo 1.7, no dejaba duda al señalar que se consideraba procedimiento administrativo especial, a los efectos de lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, *«los procedimientos regulados en las Leyes y Reglamento Hipotecario y Notarial, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión y del Registro Civil»*. Sin embargo, el Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo al ámbito de aplicación de la Ley, ha sido expresamente derogado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque deja en vigor las normas, cualquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas *«en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley»*. Diversas resoluciones de la Dirección —Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1961, 23 de febrero de 1968, 28 de enero de 1986 y 26 de junio de 1986, entre otras— consideran que este precepto se refiere únicamente a aquellos procedimientos regulados en la legislación hipotecaria cuya materia es de carácter administrativo, como son, entre otros, los establecidos en los artículos 265 y 289 de la Ley Hipotecaria o 563 y 618 de su Reglamento. Es sólo en estos procedimientos donde jugaría como supletoria la Ley procedimental administrativa, pero no en los que por su naturaleza y circunstancias se hallan fuera de la competencia de dicho Decreto por ser materia ajena a los de carácter administrativo.

(10) La misma apunta en su segundo Considerando que *«el artículo 2 apartado a) de la vigente Ley Jurisdiccional, excluye de la presente vía las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria, sin añadir, como lo hacía el artículo 4 número cuatro de la anterior Ley Jurisdiccional que se considerara de tales índole y competencia "las cuestiones en las que el derecho vulnerado sea de carácter civil", sin duda para prevenir confusiones derivadas del frecuente entrecruzamiento de efectos que en la compleja acción de las entidades públicas, presentan el ordenamiento estrictamente administrativo y las de diferente carácter, evitando que ello obste a la revisión de los actos administrativos...»*.

(11) Dicha Sentencia apunta en relación con la impugnación de los honorarios de un

a esa realidad institucional de la constante interferencia entre normas de derecho administrativo y de derecho privado.

Pero la Sentencia que constituyó un punto de inflexión en la problemática del control judicial de la actividad administrativa emanada de estas instituciones, aunque referida al Registro Civil, fue sin duda la de 7 de junio de 1986 del Tribunal Supremo —cuyo ponente fue el magistrado Martín del Burgo y Marchán—, que al interpretar certeramente que los denominados procedimientos de jurisdicción voluntaria llevados a cabo en el seno del Registro Civil eran procedimientos de naturaleza absolutamente administrativa y no judicial, permitió sin duda predicar por analogía esta misma naturaleza —y, aún a mayor abundamiento, por no enclavarse orgánicamente en el poder judicial sino en la Administración Pública— a los procedimientos llevados a cabo en el seno del Registro Mercantil, al considerarse que *«debe prevalecer la naturaleza de la institución sobre la sede en que aparezca situada en el ordenamiento jurídico; razón por la que unida a la naturaleza del órgano actuante inequívocamente administrativa (la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia), a la del acto residenciado en este proceso, y al procedimiento seguido para su formación, dan por resultado el que haya de considerarse que tal acto es revisable jurisdiccionalmente por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo»*.

Ninguna de estas interpretaciones es gratuita ya que todas ellas se basan en una deficiencia normativa real. El único precepto del Reglamento del Registro Mercantil (12) que se refiere al control judicial de los actos emanados de esta institución registral mercantil señala que la interposición del recurso gubernativo *«no excluirá el derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para litigar, entre sí, acerca de la validez de los títulos calificados»*, en cuyo caso, se señala, *«se estará a lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 y 132 de su Reglamento»* (13).

Completando los extremos del Reglamento del Registro Mercantil, el Reglamento Hipotecario (14) señala que *«en los litigios que los interesados promuevan ante los Tribunales con arreglo a la Ley Hipotecaria (15) para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos a que se refiera la calificación del Registrador, no será parte éste, y los Tribunales no acordarán su citación o emplazamiento, en el caso de que en tales*

Registrador que *«es la materia misma del precepto, y no su encasillado formal en una determinada Ley o cuerpo legal, lo que da carácter administrativo a un precepto, y sujeta los actos por él afectados al Derecho de esta clase; pues es obvio que en el mismo Código Civil existen normas de Derecho Administrativo y viceversa, disposiciones contenidas en regulaciones formalmente administrativas pueden ser de índole civil»*.

(12) Artículo 66.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

(13) El anterior Reglamento se pronunciaba en similares términos al señalar en su artículo 49 que los interesados podían recurrir gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador que suspendiera o denegara la inscripción, *«sin perjuicio de poder acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí de la validez o nulidad de los títulos o de su contenido»*.

(14) Artículo 132 del Reglamento Hipotecario.

(15) Artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

pleitos fuese demandado, así como deberán sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario, en cualquier momento en que, de oficio o por gestión de cualquier persona, se haga notar que, contraviniendo la expresada prohibición, se ha entendido el procedimiento con el Registrador».

Ninguno de estos dos preceptos se pronuncia, pues, sobre la jurisdicción competente para conocer de los actos de calificación registral. Se apunta únicamente al conocimiento de los Tribunales de Justicia sin hacer referencia a la específica jurisdicción, lo que, consecuentemente, conduce a plantear la cuestión en torno a la garantía de la efectiva tutela judicial de los derechos de los particulares que puedan resultar afectados por la actividad administrativa registral mercantil (16) porque el derecho que el Reglamento reconoce al particular solicitante, dándole la opción de litigar «*contra otro sobre la validez o nulidad del título que pretende inscribir*», así como la prohibición misma de que demande al Registrador, que «*nunca ha de ser parte en estos procesos*», ha impedido en la práctica que se revise el acto calificador registral en cualquier vía jurisdiccional, pues el objeto del proceso ordinario no es tanto la resolución registral de no inscribir el documento en base a determinados defectos subsanables o insubsanables apreciados por el Registrador, como la validez o nulidad del título cuya inscripción se pretende.

La Ley y el Reglamento, por tanto, garantizan la tutela judicial circunscrita únicamente a la posibilidad de recurrir a los Tribunales, siempre y cuando el litigio surja en una relación horizontal entre los particulares en torno a la nulidad o validez del título y no en una relación vertical integrada por la valoración efectuada por el Registrador. Pero lo común, no obstante, es que los particulares estén perfectamente de acuerdo entre sí, por cuanto no se trata de ordinario de un problema de validez o nulidad del título que entre ellos pueda suscribirse, sino del acto registral en virtud del cual se les ha denegado a ambos (17) la inscripción (18). En definitiva, lo

(16) Sin duda, estos preceptos son el legado de la tradición hipotecaria a la que se remite el Registro Mercantil y en la que la validez o nulidad del título puede comprometer con más intensidad el sentido positivo o negativo de la calificación registral. A partir de esta particular influencia se hace eco de la posibilidad de que se acuda a los Tribunales—sin señalar cuáles— para contender sobre tales extremos.

(17) Piénsese en los supuestos de las recientemente reguladas sociedades unipersonales, en las que además no es posible afirmar, en muchos casos, la pluralidad de sujetos a los efectos de contienda.

(18) Es posible que el solicitante de la inscripción deba acudir a los Tribunales, litigando contra otro particular con el fin de aclarar la validez o nulidad del título cuya inscripción se pretende para hacer valer sus derechos, pero esta circunstancia es más frecuente que sea un problema más debatido en el marco del Registro de la Propiedad Inmobiliaria que en el Registro Mercantil. En lo que a la institución del Registro Mercantil se refiere, este derecho del particular es normalmente independiente de la calificación del Registrador y nada tiene que ver con la revisión judicial de su actividad. Las posibilidades en relación con el supuesto que se prevé reglamentariamente son diversas: la nulidad del título puede dar lugar a una calificación negativa del Registrador con la que el particular puede estar o no de acuerdo y actuar en consecuencia. En otras ocasiones, la validez o nulidad del título no compromete la calificación al no ser apreciada por aquella, ya que ésta se circunscribe a la extensión, suspensión o denegación de la inscripción o, sencillamente y en último extremo, se apreciaría por el particular con anterioridad y con independencia

que se obstaculiza, como muy acertadamente apunta el Supremo —aunque dicha afirmación no se haga en relación con la institución registral mercantil—, es la revisión del acto administrativo registral no ya por la jurisdicción contencioso-administrativa, sino por jurisdicción alguna (19).

Parece claro que si el objetivo que se perseguía hasta el momento procedimental en vía administrativa previa era el de revisar el contenido de la decisión registral con el que las partes no estaban de acuerdo, lo lógico hubiera sido también que la técnica continuara siendo la revisora del acto que caracteriza a los procedimientos «voluntarios» frente a los «contenciosos», otorgando al particular la posibilidad de instar la revisión del acto por el mecanismo de enjuiciamiento típico de todas las actuaciones administrativas, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa» (20).

de la calificación. Vid. J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, op. cit., págs. 493 y ss., que se pregunta si acaso no puede haber unidad de criterio, unidad de propósito y comunidad de intereses jurídicos a proteger frente a quien se opone a la inscripción. Se pregunta cómo van a ventilar entre sí la cuestión de la validez de un título quienes están en la creencia de que el título es perfecto.

(19) La situación puede llegar a tener cierta complejidad, pero conviene distinguir entre los diversos supuestos. En el esquema de las relaciones entre la materia administrativa y la jurisdicción contencioso-administrativa se dan, como apunta R. MARTÍN MATEO, *Derecho administrativo y materia contenciosa*, núm. 47 de esta REVISTA, 1965, pág. 125, numerosas situaciones: actos de la Administración no sometidos al Derecho administrativo de que no conoce la jurisdicción contenciosa; actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo de que conoce la jurisdicción contenciosa; actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo de que no conoce la jurisdicción contenciosa por corresponder a otra jurisdicción; actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo de que no conoce ninguna jurisdicción, y actos de la Administración sometidos al Derecho administrativo de que no conoce la jurisdicción contenciosa por no venir incluidos en su concepto de Administración.

(20) La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1989 rebatió en este sentido los razonamientos de la Audiencia Nacional, al haberse inadmitido el recurso contencioso-administrativo promovido por el accionante, considerando que el problema de la nacionalidad era un tema de naturaleza civil ajeno al régimen jurídico-administrativo y, por lo tanto, fuera del ámbito de este campo jurisdiccional. Sin embargo, el Supremo consideró en el Fundamento Cuarto de esta Sentencia que «*el contencioso no surge por la aparición de una oposición a la solicitud de la accionante por parte de un particular que muestre interés en el asunto como prevé el citado artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de lo que se deriva la mayor necesidad de la utilización del proceso de mayor cuantía, impuesto en el también citado artículo 483.3 de la misma Ley riuaria, sino que, al contrario, no ha existido controversia alguna a nivel individual, sino, tan sólo, la reacción natural de la actora, frente a la negación de la Administración, de lo que ella cree constituye un derecho subjetivo a su favor: la concesión de la nacionalidad española, por creer reúne los requisitos exigidos para ello*», y en el Fundamento Quinto añade que «*se plantea aquí, por lo dicho, un enfrentamiento directo entre un particular y la Administración, que emite una resolución —la impugnada—, constitutiva de un auténtico acto administrativo, conforme viene siendo definido por la doctrina científica y la jurisprudencia, dictado tras de seguir un procedimiento administrativo también, según específicamente se le considera en el artículo 1.7.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, sin que sea óbice a lo expuesto el hecho de que el derecho material aplicado se encuentre ubicado en el Código Civil...*».

Aunque referidos los criterios al Registro Civil, esta Sentencia pone el «dedo en la llaga» al reconocer que una cosa es la naturaleza de la institución y otra el ordenamiento jurídico sobre el que recae la actividad administrativa. Con mayor motivo en el ámbito de la institución registral civil, que, aunque orgánicamente judicial, lleva a cabo en este contexto pura actividad administrativa.

Por contra, en otros contextos que no son el registral se reconoce, sin embargo, que las técnicas de intervención administrativa en particular y, en general, el fenómeno de la incidencia de la actuación de la Administración sobre las situaciones jurídicas de los administrados, constituye acción administrativa y no acción privada que deba atender al contenido de los derechos y relaciones afectados (21). Los actos administrativos son actos cuyo sistema de revisión se lleva a cabo mediante recursos que configuran la técnica de control de la actuación administrativa por excelencia para, agotada la vía administrativa y siguiendo la misma operativa, se pueda revisar ese mismo acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. ERRORES MÁS COMUNES EN TORNO A LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD EMANADA DEL REGISTRO MERCANTIL. LOS INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS PROPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA LA EXPLICACIÓN DEL FENÓMENO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SOBRE EL DERECHO PRIVADO

Las confusiones y vaivenes que de un somero análisis pueden apreciarse en las distintas resoluciones de la DGRN y en las sentencias del Tribunal Supremo, hasta la última que aquí se analiza, de 22 de diciembre de 1994, se reconducen, pues, de un lado, a la errónea consideración de calificar a la actividad registral mercantil como procedimiento de jurisdicción voluntaria al que se le otorga naturaleza judicial y no administrativa y, de otro lado, a la confusión entre lo que es acto registral y acto registrado.

A) *La calificación de la actividad registral mercantil como actividad de jurisdicción voluntaria*

Aunque de forma reciente no ha sido argüido de forma exclusiva este único criterio para calificar a la actividad registral como actividad judicial no administrativa, numerosos pronunciamientos, como hemos apuntado, consideran que la actividad registral es ejercicio de jurisdicción voluntaria, eliminando así su adjetivo administrativo (22) y produciéndose una confusión sobre la naturaleza de la actividad registral, precisamente por un mal entendimiento del concepto de lo que deba entenderse por procedimientos

(21) Sin duda, no obstante, la teoría de los actos administrativos es una teoría formal —incluso en el plano de los efectos o eficacia— formulada al margen de su contenido concreto. Sin embargo, es fundamental pasar al plano de ese contenido que interesa aislar en el momento en que produce una incidencia determinada sobre la situación jurídica de los administrados. En este sentido, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 106 y ss.

(22) Vid. T. OGAYAR AYLLÓN, *Impugnación de la calificación registral*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1974; A. VENTURA TRAVESET HERNÁNDEZ, «Sociedad Comanditaria por Acciones», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXX, vol. II, Madrid, 1991; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1979; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, entre otros.

de jurisdicción voluntaria en contraposición con los denominados procedimientos litigiosos o contenciosos. Porque aunque se acepta —no unánimemente— que desde un punto de vista subjetivo el Registro no es órgano judicial, se considera que la actividad que desarrolla es similar a la de la jurisdicción voluntaria, y al definirse ésta como Jurisdicción y no como Administración, permite concluir a ciertos autores que ello supone la exclusión de conocimiento por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la afirmación de que el procedimiento registral pueda ser un procedimiento técnicamente de jurisdicción voluntaria —aunque no se entre a analizar la naturaleza de dicha jurisdicción— no justifica en sí misma la exclusión de su naturaleza administrativa, como vamos a ver (23). En el proceso deductivo seguido para confirmar la naturaleza de esta actividad, es claro que los argumentos orgánicos y materiales se entremezclan constantemente. Pero si concluimos que la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es materialmente administrativa aunque sea llevada a cabo por órganos judiciales, también es preciso afirmar, frente a los anteriores pronunciamientos, que el procedimiento de jurisdicción voluntaria en el ámbito judicial civil ordinario implica una actividad de los órganos judiciales de naturaleza administrativa, en la cual, frente a la contenciosa, no se discute de relaciones jurídicamente perfectas o acabadas, sino que se solicita su perfección del órgano judicial. Se trataría de constituir relaciones jurídico-privadas sin producir el efecto de cosa juzgada.

Esta misma técnica es la utilizada por la Administración Pública en numerosos procedimientos administrativos y, de hecho, puede considerarse que, desde la óptica de su fundamento, el otorgamiento de una determinada eficacia, la registral, viene a ser similar a la propia de la jurisdicción voluntaria en cuanto, asimismo, ésta perfecciona o constituye relaciones jurídico-privadas. En cualquier caso, en estos supuestos, cuando hablamos de actividad de jurisdicción voluntaria, no estamos refiriéndonos a una función judicial *strictu sensu* o garantista, sino a una actividad de naturaleza administrativa. Desde este previo análisis, el darle tal calificación no excluye, a nuestro juicio, su naturaleza administrativa —como en ocasiones ha considerado la Dirección— y la consecuente revisión de los actos registrales por la jurisdicción contencioso-administrativa, y es ésta una afirmación que aún se refuerza con argumentos de más peso en la nueva ordenación de la institución registral mercantil como institución pública que, además de calificar *strictu sensu* los títulos que se le presentan, se hace depositaria de documentos contables; nombra auditores; expertos in-

(23) Los actos de jurisdicción voluntaria son todos aquellos en que es necesaria o se solicita la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Negado que la actividad registral mercantil tenga una naturaleza orgánicamente de jurisdicción voluntaria —ya que es obvio que no emana de un órgano judicial—, es indudable también que la técnica del procedimiento registral es muy similar a la de los procedimientos de dicha jurisdicción por la naturaleza administrativa de estos últimos. A través del procedimiento registral, el Registrador constituye derechos o da a éstos determinados efectos: los registrales.

dependientes; legaliza libros y otorga denominaciones sociales (24). En estas últimas funciones, aún con mayor fuerza, se pone de manifiesto el carácter administrativo de los procedimientos que se llevan a cabo en la institución desde el punto de vista de su propio objeto (25).

B) *La ya consolidada confusión entre el acto administrativo registral y el acto registrado*

a) *El acto administrativo registral.*

En derecho administrativo existen técnicas e instrumentos que tratan de dar una respuesta quizá algo más adecuada al fenómeno de la intervención administrativa sobre el derecho privado, distinguiendo el acto o la relación sobre la que se interviene o actúa administrativamente —que podrá tener naturaleza privada o pública— del propio acto de intervención, que, en todo caso, por su propia naturaleza, será un acto administrativo. Asimismo, en el marco del concepto de acto administrativo utilizado por la doctrina administrativista, es ya clásica la categoría del acto administrativo que incide, de uno u otro modo —de forma declarativa o constitutiva—, en las relaciones jurídico-privadas, sin perder por ello su naturaleza y efectos administrativos (26). Todas estas categorías no son sino las técnicas a través de las cuales opera esa Administración de derecho privado a la que se refirió ZANOBINI de la que es un claro ejemplo la institución registral mercantil, entre otras.

A partir de estos instrumentos, la óptica es bien distinta. La naturaleza

(24) Gran parte de la doctrina mercantil considera de forma contradictoria que en estos casos sí puede hablarse de funciones administrativas y de procedimientos administrativos: vid. A. ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación...*, op. cit., pág. 171; L. M. STAMPA PINEIRO, *La calificación registral*, «Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España», núms. 274-277, 1991, pág. 33, entre otros.

(25) En el contexto del actual Registro Mercantil, tampoco la famosa Resolución de 28 de diciembre de 1992, en relación con la entidad «La Seda de Barcelona, Sociedad Anónima», añade nada nuevo al respecto porque señala que debe negarse «el acceso registral de todo acto cuya certeza o cuya validez y eficacia aparecen seriamente comprometidos como ahora ocurre, todo ello sin perjuicio del alcance limitado de la calificación al solo efecto de extender o denegar el asiento pretendido, dejando a salvo la posibilidad de los interesados de contender judicialmente acerca de la validez o nulidad de aquél», por lo que tampoco se pronuncia sobre la cuestión debatida ya que, al permitir la contienda judicial, se está refiriendo al acto que se inscribe y no al asiento de inscripción. No añade, pues, nada nuevo en relación con los términos expresos del Reglamento del Registro Mercantil.

(26) E. FORTSHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958, habla de actos que suponen una intervención conformadora del Estado en el campo del derecho privado. E. R. HUBER, *Wirtschafts Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, se refiere a los actos de la administración económica con efectos en el derecho privado. G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Milán, 1964, también se refiere a ellos. En nuestra doctrina, J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Madrid, 1991, pág. 227, se refiere a los «actos que inciden en las relaciones jurídico-privadas», o J. M. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, 1993, pág. 321, que los denomina «actos administrativos con efectos civiles».

del acto registral o resolución del Registrador es la de un acto administrativo que orgánica o subjetivamente procede de la Administración Pública —Registro Mercantil— y que se dicta a través de sus titulares, los Registradores mercantiles, como funcionarios a los que se les atribuyen las funciones públicas que tiene encomendadas la institución. Estos actos se derivan en consecuencia de las diversas potestades administrativas que, tanto el Reglamento del Registro Mercantil como las diversas normas que sectorialmente regulan a los sujetos objeto de inscripción, otorgan a la institución y sus titulares. En virtud de dichas potestades se fiscaliza el cumplimiento de los deberes administrativos que se imponen a los particulares para el logro de un interés público, cual es el de la seguridad del tráfico jurídico mercantil, y si bien es obvio que los requisitos que ha de valorar el Registrador a la hora de proceder a la inscripción solicitada afectan a relaciones jurídicas de derecho privado, el proceso de comprobación, de juicio y de calificación en que concluye la instancia del particular no es sino el proceso volitivo por el que discurre la resolución administrativa procedente de un funcionario público. En definitiva, el acto registral tiene siempre naturaleza administrativa, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo, ya que la actividad registral del Registro Mercantil siempre constituye una manifestación de juicio, conocimiento, deseo que, finalmente, siempre supone una determinada imposición de voluntad, dada la potestad administrativa con que actúa la Administración Pública mediante la persona del Registrador mercantil del domicilio correspondiente (27). Los matices y características de esta especial actividad administrativa no desvirtúan lo que, en todo caso, se conduce mediante un procedimiento administrativo, aunque la técnica sea similar a la que en el orden jurisdiccional se lleva a cabo en los procedimientos de jurisdicción voluntaria pues, desde el punto de vista objetivo, estos últimos —los procedimientos de jurisdicción voluntaria— también constituyen actividad administrativa aunque procedan de los órganos judiciales (28).

Conforme a estos presupuestos, en consecuencia, no existe motivo alguno para que se obligue a los particulares a contender entre sí sobre la validez de los títulos en el marco de las funciones propias del Registro

(27) En este sentido apunta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1983 (Ponente: don Rafael Gómez-Ferrer, «BOE» 18 de agosto), cuando señala en su Fundamento Jurídico Octavo que *«toda la regulación del Registro Mercantil, que integre la determinación de los actos que han de tener acceso al mismo, es de carácter mercantil»*. Lo que conduce a considerar *a sensu contrario* que las cuestiones distintas a éstas, es decir, las cuestiones distintas a la determinación de los actos que deban tener acceso al Registro, tienen naturaleza diferente a la mercantil. Esto es lógico si se tiene en cuenta que, en la delimitación de esta institución, lo que le caracteriza al Registro Mercantil es, precisamente, ser la institución a la que acceden actos cuya regulación es la mercantil, con independencia de que la actividad registral de inscripción de tales actos sea administrativa o que la propia organización del Registro también lo sea.

(28) Al análisis de derecho administrativo de la actividad registral emanada del Registro Mercantil en el plano objetivo y subjetivo se ha dedicado, por la que suscribe, una parte de su Tesis Doctoral (dir. PARADA VÁZQUEZ), titulada *La intervención administrativa contable en las sociedades mercantiles: el Registro Mercantil y el Auditor de Cuentas*, marzo 1996, de próxima publicación.

Mercantil y los deberes cuyo cumplimiento esta institución tiene como misión fiscalizar. Si estos criterios fueran utilizados para otros sectores del ordenamiento distintos de los meramente registrales —como puede ser, por ejemplo, el ámbito objetivo del urbanismo, o del medio ambiente, o de las telecomunicaciones, entre otros— en los que la incidencia administrativa se produce asimismo sobre derechos privados, estas mismas cuestiones tampoco podrían ser objeto de conocimiento por parte de los Tribunales contencioso-administrativos, atendiendo al argumento de ser preciso «valorar si se dan o no circunstancias que han de residenciarse en el Derecho privado», lo que conduciría a la misma destutela judicial que en este ámbito se aprecia.

Es claro que la fiscalización —o actividad limitativa— que opera el Registro Mercantil como institución registral que pretende lograr la seguridad del tráfico jurídico mercantil, se articula sobre el cumplimiento de determinados deberes impuestos a los particulares. Pero ello no debe conducir a encuadrarla exclusivamente en el ámbito de las relaciones *inter privatos* de modo excluyente (29). El Registro Mercantil constituye y/u otorga efectos registrales a relaciones jurídicas privadas en las que, como plus al negocio jurídico-privado, se exige el cumplimiento de determinados requisitos cuya naturaleza no es privada, ya que mediante la imposición de tales deberes no se persiguen fines únicamente privados, sino también generales y públicos de seguridad jurídica (30).

Por ello y aunque, como más adelante veremos, normalmente la materia sobre la que incide el acto administrativo registral mercantil es privada en cuanto al contenido sobre el que versa la inscripción, es preciso hacer notar que la actuación administrativa imprime naturaleza jurídico-pública a ese contenido al constituir una declaración de voluntad administrativa

(29) Esto obliga a considerar insuficiente la posibilidad de contender «entre sí» sobre la validez o nulidad de los títulos ya que, como apunta J. VERGER GARAU, *En torno a una estructura constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXIX, enero-febrero, núm. 614, 1993, pág. 81, «después de más de diez años de vigencia de la Constitución resulta suficientemente claro... que no se puede admitir de forma radical ni una impenetrabilidad de jurisdicciones ni tampoco la existencia de zonas exentas que impidan el control judicial de las actuaciones administrativas ni el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los intereses legítimos (arts. 106.1, 24.1 y 162.1.b) de la Constitución), lo que ciertamente compele a un cambio en la estructura de dichos recursos en el sentido expresado...».

(30) En esta línea, vid. R. MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pág. 126, en relación con el Registro Civil, al señalar que «la Ley del Registro Civil incluye materias que como la nacionalidad tienen trascendencia no sólo civil y que prevé autorizaciones discrecionales incluso por vía de Decreto, que en principio deberán ser procesalmente susceptibles de fiscalización, aunque por el fondo prosperaren las demandas, lo que no podrán hacer sin duda los Tribunales civiles, ni aun por la vía de la impugnación de las inscripciones del Registro sin arrogarse facultades que no tienen. Por ello entendemos que todas aquellas actuaciones administrativas reguladas por la Ley del Registro Civil o cualquier otra de la materia examinada que por su contenido o por las circunstancias en que se produzcan no sean susceptibles de revisión por los Tribunales ordinarios, lo deberán ser, de acuerdo con los principios básicos del Estado de Derecho a que nuestro Ordenamiento responde, por otra jurisdicción, y en nuestro caso por la contencioso-administrativa».

en relación con la inscripción que, en todo caso, integra la valoración de ese acto o negocio privado a los efectos de su inscripción, normalmente además con naturaleza constitutiva a los efectos registrales. No se trata de una simple forma administrativa de un acto privado, sino que, en cuanto acto administrativo, desde el punto de vista del objeto y del sujeto que lo emite, afecta y modifica su contenido originario y, por ende, a la jurisdicción competente para conocer sobre la resolución a los efectos de su inscripción. En este sentido, cabe decir que estamos en presencia de un derecho subjetivo de naturaleza administrativa: el derecho que tienen los particulares a inscribir en el Registro Mercantil determinados actos o negocios de trascendencia empresarial (31). La inscripción es por ello un derecho a que se registre un determinado asiento en el Registro Mercantil y, por tanto, a obtener una determinada «autorización» o «aprobación» de la Administración. Esto le otorga al acto naturaleza pública administrativa. En ocasiones, se trata de superar técnicas de intervención más leves —aprobación, admisión, etc.— pero, en todo caso, a través de las mismas, se constituye o se atribuye eficacia registral de naturaleza pública a esa inicial relación o situación jurídico-privada. El derecho a inscripción en el Registro Mercantil es un derecho del particular que opera frente a la propia Administración con independencia de que, de forma recíproca, también pueda ser analizado desde la óptica de ser una obligación de éste para con el Registro y, en tal sentido, también tenga una naturaleza de deber administrativo. La eficacia que se deriva de este deber no se produce única y exclusivamente entre las partes, sino entre éstas y los terceros, particulares o la Administración. Es una eficacia con efectos *erga omnes* (32).

Es claro que la inscripción de un sujeto mercantil social como primer paso en la relación que nace entre la Administración registral y el sujeto privado, crea una determinada relación jurídica entre ese nuevo ente privado y los particulares que con él se relacionan. Esta relación sería totalmente distinta de no haber mediado la inscripción registral, ya que de no estar inscrita estaríamos en presencia de una sociedad irregular o en formación con efectos determinados y previstos en la norma legal, pero en todo caso distintos a los de una sociedad constituida. Por ello, la relación jurídica entre la nueva sociedad y los particulares que

(31) Es de esta opinión J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Naturaleza del procedimiento registral*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, 1949, cuando, en relación con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, indica que resulta forzoso «distinguir atentamente este aspecto del derecho de carácter administrativo a inscribir el título sobre los derechos incluso de naturaleza civil que tradicionalmente han tenido una mayor presencia registral, pues no hay duda del carácter administrativo de este derecho». «Se trata de un derecho frente a la Administración; tiene su base en una relación jurídica en que la Administración actúa, no como persona jurídica privada, sino como persona jurídico-pública, a través de su órgano competente, como entidad investida de prerrogativas de poder».

(32) La Resolución de la DGRN de 5 de abril de 1983 señaló, como finalidad propia del Registro Mercantil, la de proporcionar seguridad jurídica al tráfico mercantil mediante la atribución de veracidad a los actos y contratos que publica, y por eso, de una parte, otorga al acto o contrato inscrito eficacia en perjuicio de terceros, con independencia de que éstos lo conozcan o no, y de otro lado, priva de eficacia respecto a terceros a los actos inscribibles y no inscritos, sin perjuicio de buena fe.

con ella se relacionen será una relación de derecho privado. Mientras que el acto constitutivo de la sociedad mercantil da lugar a una relación jurídico-pública que surge precisamente por la obligación de los sujetos privados de inscribirse si quieren constituir una nueva persona con capacidad jurídica. En definitiva, como consecuencia de ese acto administrativo, se producen dos relaciones diversas: una, entre el Registro Mercantil y el particular que solicita la inscripción de la sociedad, y otra, entre esa sociedad que se constituye y los terceros que con ella se relacionen. El acto administrativo, en consecuencia, es único en su naturaleza, pero doble en sus efectos (33).

Dejando al margen, pues, todas las normas de diversa índole que al Registrador Mercantil se le imponen en el ámbito de la organización del servicio registral mercantil —que, como tal, podrán generar en su incumplimiento una responsabilidad civil, penal o administrativa y, por tanto, residenciarse su conocimiento en la jurisdicción que corresponda—, es indudable que la diferenciación entre el acto jurídico que se inscribe y el acto registral constituye la clave de una solución más satisfactoria en orden a determinar cuál ha de ser la jurisdicción competente a los efectos de garantizar adecuadamente el derecho a una tutela judicial efectiva al usuario de estos servicios.

b) *El acto registrado.*

Si nos situamos en la otra faceta de la actividad, la del objeto sobre el que incide el acto registral, se advierte una gran diversidad de funciones en la institución, entre las que se cuenta la de inscribir a los empresarios, sus actos y contratos; legalizar sus libros; nombrar auditores de cuentas y expertos independientes; depositar y dar publicidad a los documentos contables, y centralizar y dar publicidad de la información registral en el ámbito del Registro Mercantil Central, entre otras, y no todas ellas tienen, en cuanto a su objeto se refiere, naturaleza privada. La naturaleza del objeto es preciso analizarla caso por caso pues, en algunas de ellas, la intervención de la Administración registral es de tal grado e intensidad que, sin duda, ello afecta a su naturaleza intrínseca. Por ello, incluso desde la óptica del acto jurídico que se inscribe, deberemos considerar que estamos en presencia de actos jurídicos de naturaleza no siempre privada. Pensemos, por ejemplo, en el acto jurídico de nombramiento registral de auditor de cuentas, que carece de naturaleza privada alguna, salvo en lo que a la solicitud del mismo se refiere por parte de las personas legitimadas para ello (34). Por tanto, incluso desde esta perspectiva material,

(33) Vid. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, vol. I, Madrid, 1989.

(34) Ello, con independencia de la naturaleza privada del contrato entre la empresa y el Auditor, naturaleza que no alcanza, en estos casos, al nombramiento del técnico contable.

según la naturaleza del acto jurídico, la jurisdicción competente para su conocimiento debería ser distinta en cada supuesto (35).

La necesidad de distinguir entre el negocio o acto jurídico objeto de inscripción y el acto administrativo llevado a cabo por la institución registral como consecuencia del ejercicio del particular de su derecho a obtener una inscripción es, pues, obvia. Se trata de un derecho que se traduce en dar origen a un procedimiento administrativo que se insta con la solicitud del administrado como punto de partida de toda esta actividad administrativa. A partir de ello, los efectos y extinción de tales negocios o actos originarios se rigen por el derecho que les fuera propio, privado o público, y los actos favorables o contrarios a la inscripción, en sentido amplio, se regirán por el derecho administrativo. Sólo de este modo podría impugnarse separadamente la resolución registral ante la jurisdicción contencioso-administrativa (36), sin necesidad de contender sobre la validez o nulidad de los negocios o actos jurídicos en la vía civil ordinaria. Con ello se salvaría la destutela judicial que se apunta, otorgándose a cada jurisdicción el conocimiento de asuntos que por naturaleza son complejos por estar dotados de aspectos públicos administrativos y privados mercantiles. Todos ellos integran a estas singulares relaciones jurídicas y, por ello, han de separarse en su enjuiciamiento, pues únicamente de este modo puede lograrse la *íntegra tutela del administrado en relación con la resolución registral* recaída.

Esta solución sería generalizable además a toda la actividad emanada de la institución registral mercantil —aunque no exclusivamente a ella— y adquiriría aún mayor relieve en relación con las recientes funciones que,

(35) Por otro lado, desde el punto de vista formal, el acto jurídico que se inscribe en el Registro Mercantil ha de ser una titulación pública que constate la existencia de los sujetos y de los actos y contratos relativos a los mismos que, por tener la cualidad de inscribibles, pretenden tener acceso a dicha institución y puesto que los vicios de forma, según su tipología, deben seguir el régimen del acto jurídico inscribible según su naturaleza material, el carácter instrumental de los aspectos formales no afecta, en lo que se refiere a la determinación de la jurisdicción competente, al conocimiento de los mismos. En tal sentido, el documento público hace prueba, aun contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha (art. 1218 del Código Civil), existiendo tres clases de documentos inscribibles, a saber, los notariales, los judiciales y los administrativos. No obstante, la exigencia de forma pública tiene su excepción en la inscripción del empresario individual no naviero; en la inscripción de apertura y cierre de sus sucursales; en la simple solicitud privada del depósito de cuentas; en la certificación del acta de la Junta o del Consejo para la inscripción, por ejemplo, de nombramiento de administradores; la aceptación de nombramiento de administrador; la inscripción de separación de administradores del artículo 148 del RRM; la aceptación de delegación de facultades; la inscripción de nombramiento de liquidador o interventor, etc. Vid. A. ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil...*, op. cit., págs. 207 y ss.

(36) No obstante, se ha apuntado que si el fundamento de la jurisdicción contencioso-administrativa está en razones de especialidad técnica por parte del órgano jurisdiccional, mal puede entablarse ante ella un recurso en que los problemas a discutir son de derecho privado, «ya que el ver si se dan o no las circunstancias necesarias para que el particular tenga derecho a inscribir pertenece al Derecho privado»; de aquí que no sea posible que el particular acuda a otra vía que a la de la contienda ante la jurisdicción ordinaria sobre el título que pretende inscribir con objeto de lograr la inscripción. Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit.

en el ámbito básicamente contable, le han sido atribuidas, dado su alcance eminentemente administrativo, incluso desde un punto de vista sustantivo. En este sentido, ni se trataría de cuestiones que afectarían a las relaciones exclusivamente privadas de las sociedades mercantiles, ni cuando se pretende revisar una resolución registral denegatoria de una determinada inscripción por parte de los afectados estamos en presencia de acuerdos que producen efectos exclusivamente civiles. En definitiva, no se está ante los presupuestos apreciados en la STS 1161/1994, cuando pretende integrarse el caso de autos —resolución denegatoria registral de un acuerdo relativo a las retribuciones de los administradores de la sociedad— en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las materias que le son propias a la jurisdicción civil ordinaria y no en aquellas «que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», cuestión ésta que además parece evidente debería resolverse expresamente en el Reglamento del Registro Mercantil (37), así como en sus normas supletorias, en el sentido contrario al apuntado por el Tribunal (38).

(37) El reciente Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, pierde en este sentido una clara oportunidad de aclarar y solucionar una cuestión tan crucial como la del control judicial de la actividad emanada de la institución, ya que el artículo 66 recibe la misma redacción que en el anterior Reglamento.

(38) Por ello estamos de acuerdo en la solución aportada por J. VERGER GARAU, *op. cit.*, pág. 81, en cuanto a la necesidad de esta reforma, si bien no en el sentido por él expresado, ya que si bien es preciso salvar los artículos 24.1, 106.1 y 162.1.b) de la Constitución española, no entendemos que esto pueda hacerse si no se otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa el control sobre el acto administrativo registral en cuanto que, como toda actuación administrativa, ha de ajustarse a unas exigencias que, puesto que son de Derecho administrativo, sólo por la jurisdicción administrativa pueden ser verificadas. Por ello, no se comparte que se sostenga por el autor la naturaleza administrativa de la Dirección General y, sin embargo, se considere que sus resoluciones han de ser controladas constitucionalmente por los Tribunales civiles (pág. 75).