

**COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA
FACULTAD DE DERECHO ESADE**

Derecho de sociedades
Congreso UNIJÉS 2007

(Tomo II)

COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA
FACULTAD DE DERECHO ESADE

Derecho de sociedades

Congreso UNIJÉS 2007

(Tomo II)

Convocado por las Facultades de Derecho de ESADE
(Universidad Ramon Llull), Deusto (Universidad de Deusto) e
ICADE (Universidad Pontificia Comillas de Madrid)

Barcelona, 11 y 12 de junio de 2007

Sergio Llebaría Samper
(Director)

Núria Ginés Castellet
(Coordinadora)

2008

© 2008 ESADE Facultad de Derecho
Universidad Ramón Llull

© 2008 

Librería Bosch, S.L.

Av. Diagonal, 382

08037 BARCELONA

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Reservados todos los derechos. De conformidad con la legislación vigente, queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN: 978-84-7698-813-8 (Obra completa)
978-84-7698-815-2 (Tomo II)

D. L.:

Diseño colección y maquetación: Cristina Payà. www.jpstudio.es
Impresión:

Printed in Spain – *Impreso en España*

TOMO I

- Esencia del contrato de sociedad desde Roma y la RAE. *Federico Fernández de Buñán*
- Algunas figuras societarias en el derecho romano y particularidades de las mismas. *Olga Marlasca Martínez*
- El burgués emprendedor y el capitalista del éxito. *Javier Pérez Duarte*
- Una enseñanza del uso divergente del Derecho. *Manuel M^o Zorrilla Ruiz*
- Empresas sociales: identidad y experiencias en el País Vasco. *Aitziber Mugarra Elorriaga y Marta Enciso Santocildes*
- Distintos aspectos de la Sociedad Anónima Europea. *Julio Añoberos Trias de Bes*
- El estatuto de sociedad cooperativa europea (SCE). *Javier Divar Garteiz-Aurrekoa y Enrique Gadea Soler*
- Las ofertas públicas de adquisición como medio de control de las sociedades cotizadas. comentarios sobre el nuevo sistema de OPAS. *Mikel Arrieta*
- Sociedades mercantiles en la encrucijada del derecho privado y del derecho público. Análisis de dos casos: Intervención administrativa en las OPAs y empresas públicas con forma de sociedad mercantil. *Ramón Múgica Alcorta*
- El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (sociedades cotizadas y no cotizadas). *Pedro Mirosa Martínez*
- Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores ex artículo 262 LSA. *Jorge Caramés Puentes*
- La RSC y el derecho de sociedades. *Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez*
- La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: Aspectos procesales. *Joan Picó i Junoy*
- La legitimación de los liquidadores de una sociedad anónima para ejercitar el derecho de reversión expropiatoria. *Cristina Arenas Alegría*
- Un enigma de la Ley Concursal: La naturaleza de la llamada *responsabilidad concursal* del artículo 172.3. Panorama doctrinal y soluciones judiciales. *Ricardo de Angel Yáñez*
- La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales.
- Respuestas societarias, respuestas concursales. *Abel B. Veiga Cobo*

TOMO II

- Efectos sustantivos y procesales de la declaración de concurso sobre las ejecuciones hipotecarias. *Inmaculada Herbosa Martínez*
- Problemas de interpretación en el contrato de sociedad civil (externa). *Núria Ginés Castellet*
- La impugnación de acuerdos sociales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Especial referencia a las medidas cautelares. *Ainhoa Gutiérrez Barrenegoa*
- El arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales. *Alfredo Bayano Sarrate*
- Los juzgados de lo mercantil. *Sara Díez Riaza*
- Sociedades profesionales y mercantilización de la abogacía. *Luis Bueno Ochoa*
- Forma y publicidad de las sociedades profesionales. *Luis Fernández del Pozo*
- Negociación con acciones propias de sociedades cotizadas. *Manuel Ardanza Fresno*
- El desempleo en la sociedad cooperativa. *Francisco Javier Arrieta Idiákez*
- Sociedad de gananciales y participaciones sociales. *Oscar Monje Balmaseda*
- La representación sindical de los trabajadores en la empresa organizada como sociedad anónima. *Fernando Manrique López*
- La nota *intuitu personae* en la *societas* romana. *Ana Mohino Manrique*
- Las dificultades inherentes a la multiplicidad normativa en materia de sociedades cooperativas: perspectiva registral. *María Burzaco Samper*
- Actualización de las normas de conducta de las entidades financieras, a través de la labor de la institución del Defensor del cliente, directamente o en relación con los servicios de reclamaciones de los órganos reguladores. Una aproximación. *Enric R. Bartlett Castellà*
- El levantamiento del velo societario por deudas tributarias. *Miró Ayats i Vergés, Jaume Bonet León y Xavier Triviño Prieto*
- Los trámites del procedimiento concursal. *Marta Gisbert Pomata*
- Gestión de los conjuntos inmobiliarios privados a través de personas jurídicas: planteamiento general y vinculación entre titularidad del inmueble y entidad gestora. *Rebeca Carpi Martín*
- La Sociedad Anónima Europea y la implicación de los trabajadores: una aproximación sintética a la (vieja) discusión sobre la participación cooperativa y la participación conflictiva de los trabajadores en la empresa. *Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz*
- La exclusión del ámbito laboral de consejeros y administradores ejecutivos: una revisión crítica de la teoría del vínculo. *María José López Álvarez*
- La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia. *Javier Gómez Lanz*

Presentación

Es para mí una satisfacción (y un honor) redactar estas líneas de presentación del conjunto de ponencias y comunicaciones que los profesores de las Facultades de Derecho de ESADE (Universidad Ramon Llull), Deusto (Universidad de Deusto) e ICADE (Universidad Pontificia Comillas) aportaron al Congreso Unijés celebrado en Barcelona durante los días 11 y 12 de junio del pasado año 2007. Y lo primero que añadiré a lo dicho es que la satisfacción y el honor son compartidos también por la institución a la que represento como Decano (la Facultad de Derecho de ESADE) por haber tenido la ocasión de acoger estos dos gruesos volúmenes en la colección de monografías que lleva su nombre. Gracias, por lo tanto, a las facultades hermanas convocantes del Congreso.

Extender la temática del Congreso y, por consiguiente, de los trabajos presentados al mismo, al amplio campo del derecho de sociedades en toda su anchura, ofreció a los intervinientes la oportunidad de (usando la agresiva y sin embargo benéfica expresión que empleaba mi maestro, Antonio Polo) "*dar un golpe*" (y en este caso un muy severo golpe) a esta tan crucial como polémica y debatible parcela jurídica, siempre sujeta a las presiones del devenir social, económico y científico. La misma amplitud temática permitió a los autores, como comprobará el lector, respirar hondo, extender la mirada y huir de los planteamientos habituales en el área, centrados de forma casi exclusiva en la parcela de las sociedades de capitales y, en ocasiones, exasperadamente preocupados (al ritmo de los escándalos financieros) por la problemática del gobierno (se dice, para chasco y sarcasmo, "*buen gobierno*") de las empresas.

Y no es que, entre nosotros, se haya perdido la sensibilidad al respecto. Los trabajos de Paz Ares, de Eizaguirre y de Daniel Espina (a los que deberían añadirse unos pocos artículos monográficos) se han enfrentado con el imprescindible aire nuevo a la problemática conceptual y global del fenómeno societario. Y el colosal esfuerzo de los cinco volúmenes dedicados al tema en el Libro Homenaje al Profesor Sánchez Calero, junto a la casi contemporánea recopilación dirigida por Vitolo y Embid y el reciente Diccionario coordinado por Alonso Ledesma, muestran el interés despertado por la apertura de visiones panorámicas a todo lo relacionado con las sociedades

y su régimen jurídico. De donde es claro que la llamada realizada por el III Congreso Unijés, cuyos frutos se recogen en estos dos volúmenes, no es cosa aislada ni menos injustificada.

Por otra parte, la crítica que pudiera hacerse a la alternativa anchurosa y amplia asumida por los promotores del Congreso (todo lo relacionado con el derecho y las sociedades) la experiencia ha mostrado que viene sobradamente compensada por los frutos de la libertad y autonomía investigadoras. En efecto: si no tiene nada de despreciable que el *call of papers* de un congreso científico trate de incentivar la investigación en una estrecha parcela hasta entonces desatendida, tampoco resulta desechable el rico fruto obtenido al acotar un ámbito amplio y confiar a la inquietud del investigador la elección del espacio concreto en que profundizar.

Creo, sinceramente, que una buena muestra de ello la tenemos en el mismo contenido de esta recopilación en la que la acreditada transversalidad de la convocatoria ha permitido aportaciones que alcanzan desde la historia del derecho y la filosofía jurídica a las disciplinas especializadas, atravesando las áreas tan distintas del derecho romano, el civil, mercantil, constitucional, administrativo, penal, procesal, laboral y, cómo no, el derecho internacional privado (derecho de conflictos) y el derecho europeo (en su esfuerzo por la armonización legislativa y la oferta de instrumentos comunes). Aportaciones todas que, incentivadas como digo por la autonomía en la decisión del contenido, alcanzan una solvente altura científica.

En cualquier caso y viniendo ahora a otro de los frutos del Congreso celebrado, vale la pena consignar en esta breve presentación que, sin la menor duda, las sesiones contribuyeron a poner de manifiesto la perentoria necesidad de una reordenación del derecho español de sociedades bajo la luz de criterios modernos. Necesidad que debiera mover al legislador y pre-legislador a la conclusión definitiva de la tan traída, llevada y atormentada tarea de elaboración de un Código de Sociedades.



El III Congreso Unijés sobre Derecho de Sociedades celebrado el pasado año en Barcelona vino a cerrar una primera etapa de consolidación de las relaciones científicas, académicas e institucionales entre las Facultades de Derecho de Deusto, ICADE y ESADE, vinculadas todas ellas a la Compañía de Jesús, etapa abierta con especial intensidad a partir del año 2001.

No podría dejar de referirme a ello sin traicionar la consideración, la estima y la amistad que dispenso a quienes han sido mis compañeros en este itinerario (casi diría aventura) que nos ha llevado a la conformación de un Programa Master Oficial en Derecho de la Empresa común a las tres Facultades, un Doctorado Inter-Universitario y, finalmente, a la realización anual del Congreso del que la de Barcelona constituyó la tercera edición (precedida por las de Madrid en 2005 y Bilbao en 2006). A todo lo que habría que añadir (no como cosas menores por menos formalizadas) los intercambios de profesorado, la colaboración académica e institucional en los

nuevos proyectos docentes y la profundización en el mutuo conocimiento y perfeccionamiento de las respectivas organizaciones. Quien conozca el mundo de la universidad sabe bien el enorme valor que eso tiene y el mérito de los logros en estos ámbitos, a menudo dificultados por la incomprensión, la frialdad y las tensiones.

Las cosas las hace la gente. Y en este caso y por las razones que acabo de indicar, dentro del inevitable capítulo de agradecimientos que se impone en una presentación como la que estoy escribiendo, deben tomar el primer protagonismo los equipos decanales que hemos recorrido juntos el camino resumido. Con sus respectivos colaboradores, fueron la cordialidad, generosidad y desprendimiento de los Decanos de Deusto, Dr. Juan Echano, y de ICADE, Dr. Antonio Obregón, ambos juristas excelentes y universitarios comprometidos, los que hicieron posible, esta vez, a lo largo de estos casi siete años, estas cosas muchas veces intentadas y no alcanzadas. Son las personas las que cuentan; y confundirá quien deje de reconocer que una coyuntura tan casual como admirable puso al frente de estas facultades, en un mismo instante, a aquellos que teníamos una preocupación y un proyecto común en relación con las instituciones universitarias vinculadas a Unijés.

Puesto que las personas tienen nombres, no quiero olvidar aquí los de quienes, con los decanos, han formado parte de la aventura y con los que permanecerá un sentimiento mutuo de amistad y gratitud: Jaime Oraá, María Pilar Canedo, Juanjo Etxeberria y Julia González, de Deusto, Iñigo Navarro y José María Ruiz de Huidobro, de ICADE. Y, naturalmente, mis compañeros de equipo decanal en ESADE: Teresa Duplá, Enric Bartlett, Lola Bardají, Julio Añoveros y, más recientemente, Bea Añoveros. Espero no dejarme a nadie de aquellos que, sesión tras sesión, cada dos o tres meses, fuere en Bilbao, Madrid o Barcelona, hemos ido construyendo este camino forjado de una fuerte ilusión en el proyecto universitario común, convencidos todos de que hoy las cosas ya no pueden hacerse bien en solitario, de una decisiva concordancia en los objetivos, tanto instrumentales (excelencia docente e investigadora, cuidado del claustro, atención personalizada al estudiante) como sustanciales (el compromiso con la transformación de la sociedad y la realización de la justicia), y de una laboriosidad y entrega sin reservas.

Y no puedo finalizar este capítulo sin un recuerdo al promotor de esta labor común, que nos dejó hace ahora pocos años. Fue el Dr. Antonio Marzal, primer decano de la Facultad de Derecho de ESADE que, ya alejado del cargo e incluso jubilado como Catedrático, siguió, con una lealtad a la institución y sencillez personal que todos hemos admirado, trabajando por la materialización de la colaboración entre las tres facultades, convirtiéndose en pieza decisiva de la operación y, por lo que hace al Congreso científico anual que aquí nos ocupa, en su principal valedor.

Estoy seguro, como lo estaba Antonio, de que quienes hayan de continuar la labor iniciada nos superarán en ilusión, entrega y eficiencia.



Para terminar, *last but not least*, el expreso agradecimiento (no protocolario) a quienes, en relación con la tercera edición del Congreso Unijés, desde la Facultad de Derecho de ESADE, tomaron sobre sí la compleja y comprometida carga del diseño y la organización.

El Profesor Sergi Llebaría, Catedrático de Derecho Civil de nuestra Facultad, en su condición de Director del Congreso, ha llevado la responsabilidad última. Ha sorteado, por tanto, con su proverbial buen sentido, paciencia y competencia, la infinidad de dificultades y sorpresas que depara la tarea. Y, por si fuera poco, ha tenido la generosidad (a eso se llama dejar las cosas bien terminadas) de cuidar de la dirección de la presente edición impresa de ponencias y comunicaciones.

Junto al Profesor Llebaría, la Profesora Esther Sánchez, Titular de Derecho del Trabajo, en su condición de co-directora de investigación de la Facultad, ha compartido la carga con una discreción, sobriedad y reserva que quiero subrayar de manera especial.

Por fin, la Profesora Núria Ginés, asumiendo el probablemente más fatigoso de los cometidos, ha coordinado la composición, recogida de originales, corrección y edición de los volúmenes que presentamos.

A los tres, el más sincero reconocimiento en nombre, no sólo de mi facultad, sino de las otras dos promotoras y de los participantes en el Congreso.

No terminaré sin recordar la colaboración de la Vicedecana Teresa Duplá y de la Directora de la Licenciatura en Derecho, Lola Bardají, ambas atentas a la organización de las sesiones del Congreso; así como la del Vicedecano Profesor Enric Bartlett, verdadero artífice material junto a nuestro habitual editor, Javier Bosch (siempre generosamente inclinado a la colaboración), de la puesta en prensa de estos dos volúmenes.

Y el lector se preguntará: con tanta ayuda y colaboración ¿qué le quedó por hacer al Decano? Pues esto: la presentación del libro.

Barcelona, mayo de 2008.

Dr. Pedro Miroso Martínez
Decano
Facultad de Derecho de ESADE
(Universidad Ramon Llull)

EFFECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
Profesora encargada de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Ideas generales. Limitación del privilegio de ejecución separada	15
2. Ejecuciones sobre bienes no afectos	17
3. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor	20
4. Particularidades de la ejecución sobre bienes afectos	26
5. Enajenación de los bienes hipotecados dentro del concurso ...	34

1. Ideas generales. Limitación del privilegio de ejecución separada

La Ley Concursal (en adelante, LC) establece las consecuencias de la declaración de concurso sobre las ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor en general (cfr. art. 55 LC), y sobre las ejecuciones de garantías reales en particular (cfr. arts. 56 y 57 LC), entre las que se encuentran las ejecuciones hipotecarias.

La LC entiende la expresión “garantías reales” en un sentido amplio, ya que la misma comprende cualquier garantía que recaiga sobre una cosa determinada con oponibilidad *erga omnes*, y no sólo de las que atribuyen a su titular un derecho de realización de valor de la cosa gravada, los llamados derechos de realización de valor o garantías reales en sentido estricto. Así, la Ley hace extensivo el régimen de las garantías reales constituidas para la seguridad de un crédito (*ex iure crediti*) a algunas acciones recuperatorias dirigidas a recuperar determinados bienes, en razón de la titularidad que se ostenta sobre los mismos (*ex iure domini*), a las que se refiere el párrafo 2º del artículo 56.1 LC¹. La LC no menciona cuáles son las “garantías reales” *ex iure crediti* que han de considerarse comprendidas en el párrafo 1º de dicho precepto, aunque no ofrece duda que la garantía hipotecaria, objeto de estudio específico en este trabajo, merece tal consideración².

Así, por lo que respecta a la garantía real hipotecaria, uno de los aspectos reseñables de la reforma concursal es la limitación del tradicional privilegio de ejecución separada del que gozaban los acreedores hipotecarios en la antigua regulación (cfr. antiguos arts. 127.7 LH y 10.2º LHMPD y 98.1.1º y 568 LEC). Según lo establecido en

1. Sobre el concepto legal de “garantías reales”, vid., HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Los efectos del concurso en la Ley concursal (y II)”, *Diario La Ley*, núm. 5993, 8 abril de 2004, págs. 5-6.

2. La exposición se centra en el régimen de la garantía hipotecaria, aunque la mayoría de las consideraciones cabe hacerlas extensivas a cualquier garantía real en sentido estricto o derechos de realización de valor.

los preceptos citados, las ejecuciones hipotecarias dirigidas exclusivamente contra bienes hipotecados quedaban excluidas de la regla general de suspensión y acumulación al concurso, de manera que tanto las nuevas ejecuciones como las que ya se hubiesen iniciado al tiempo de declararse la situación de insolvencia debían continuar hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, sin perjuicio de que se remitiera el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal.

Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley, una de las novedades más importantes de la LC es la que atañe a la ejecución de las garantías reales, al someter a los titulares de dichas garantías a una obligada espera para el cobro de sus créditos cuando aquéllas recaigan sobre bienes afectos al proceso productivo, ya que se suspende temporalmente la ejecución mientras no se acredite la concurrencia de determinadas circunstancias en el proceso. De este modo "Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva". Y añade, "Este efecto de obligatoria y limitada espera para los titulares de garantías reales se considera justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia".

Sobre esta base, la LC distingue según las garantías reales, como la hipoteca, recaigan o no sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una actividad productiva de su titularidad (cfr. art. 56 y 57 LC). Para las que recaigan sobre bienes afectos, los preceptos citados limitan el tradicional privilegio de ejecución separada del que gozaban los acreedores hipotecarios, en un doble sentido: de una parte, se establece la suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias, tanto si se trata de nuevas ejecuciones como de ejecuciones en curso, a salvo la excepción prevista en el inciso final del artículo 56.2 LC (cfr. art. 56.1 y 2 LC); de otra parte, tales ejecuciones no se tramitan ante un juez separado, ya que una vez que cese la suspensión, deben iniciarse o reanudarse ante el juez del concurso (art. 57 LC).

Esta suspensión no es compensada de ninguna manera por el concurso³. No obstante, los acreedores hipotecarios, como excepción a la regla general prevista en el artículo 59 LC, seguirán disfrutando del devengo de intereses, que serán exigibles mediante el ejercicio de la acción hipotecaria hasta donde alcance la garantía⁴.

3. Sobre las consecuencias económicas de esta suspensión, vid., "Comentario al artículo 56", *Comentarios a la legislación concursal*, dir. por SÁNCHEZ-CALERO, J y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex nova, Valladolid, págs. 1061-1062.

4. Vid., en este sentido, el AJM núm. 91 de Asturias, de 14 de junio de 2005 (LA LEY 251578/2005), aunque esta cuestión no resulta controvertida en el caso enjuiciado.

2. Ejecuciones sobre bienes no afectos

Dos son las cuestiones que plantean las ejecuciones hipotecarias que recaen sobre los bienes no comprendidos en los artículos 56 y 57 LC (esto es, sobre los llamados “bienes no afectos”, por contraposición con la categoría de bienes regulados en dichos preceptos), a saber, cuál es el régimen al que quedan sometidas estas ejecuciones, y qué Juzgado es el competente para conocer de las mismas, al haber desaparecido del texto definitivo de la Ley cualquier previsión relativa a las garantías reales que recaen sobre este tipo de bienes.

2.1. Régimen aplicable

Según lo establecido en el citado artículo 56 LC, en caso de que las ejecuciones hipotecarias recaigan sobre bienes afectos, el derecho de ejecución separada del que tradicionalmente gozaban estas garantías queda sujeto a las limitaciones establecidas en el artículo 56 LC. Sin embargo, la redacción definitiva de este precepto no precisa el régimen de las garantías reales que recaen sobre bienes no afectos, ya que no se incorporó el párrafo 5 del Proyecto, según el cual la ejecución que recayera sobre esta clase de bienes debía sustanciarse hasta que tuviera lugar la realización de los mismos⁵. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que ni la LC, ni la LEC (cfr. arts. 98.1.2º y 568 LEC) ni la legislación hipotecaria (arts. 127 LH y art. 10 LHMPD) contienen una declaración terminante al respecto, según la nueva redacción dada a los preceptos citados por las disposiciones finales de la LC. La legislación hipotecaria y procesal se remiten directamente a la LC, que sólo se refiere al régimen de las garantías reales que recaen sobre bienes afectos, por lo que no existe ninguna norma en la que pudiera sustentarse una ejecución separada para los titulares de las garantías reales en general, ni para la garantía hipotecaria, en particular⁶.

Así las cosas, cabe mantener dos posibles interpretaciones: a) a falta de previsión específica, estimar aplicable el régimen general establecido para las ejecuciones singulares en el artículo 55 LC, según el cual no podrán iniciarse nuevas ejecuciones ni continuar las que se hallaren en tramitación desde la fecha de declaración de concurso (cfr. art. 55.1. y 2 LC), lo que implicaría la pérdida del privilegio de ejecución separada; b) entender que se mantiene el privilegio de ejecución separada establecido en la antigua regulación para los acreedores hipotecarios.

En principio, una interpretación estrictamente literal de la Ley permitiría reconducir la ejecución de las garantías que recaen sobre bienes no afectos al régimen general establecido en el artículo 55 LC para las ejecuciones singulares y apremios. Así, el

5. Sobre los antecedentes del precepto, vid. HERBOSA MARTÍNEZ, “Los efectos...”, *ob. cit.*, págs. 6-7.

6. Resaltan este aspecto CARRASCO PERERA, A, “Comentario al artículo 56”, *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 2004, págs. 591 y 593-594; SÁNCHEZ-RUS, H y SÁNCHEZ-RUS, A, “Comentario al artículo 56”, *Comentario de la Ley Concursal*, dir. por ROJO, L. y BELTRÁN, E., tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pág. 1043.

apartado 4 del artículo 55 C sólo exceptúa de la regla general prevista en los apartados 1 y 2 "lo establecido en esta ley para los acreedores con garantía real", y lo cierto es que la Ley sólo se refiere en el artículo 56 a las garantías reales que recaen sobre bienes afectos, por lo que habría cierta base para pensar que las demás ejecuciones se regirán por la regla general establecida en el artículo 55 LC⁷.

Sin embargo, una interpretación lógica y teleológica de la norma abona una solución diferente. Así, si la finalidad de la suspensión temporal de las ejecuciones a las que se refiere el artículo 56 LC es impedir las ejecuciones que puedan poner en entredicho la conservación de la empresa, por recaer aquéllas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, no tiene sentido que las ejecuciones que no recaigan sobre los bienes señalados queden suspendidas de manera definitiva conforme a lo dispuesto en el artículo 55.1 y 2 LC.

Esta interpretación resulta avalada por los precedentes legislativos del precepto, el párrafo 5 del artículo 55 del ALC/2001 y PLC/2002, no incorporado, como se ha dicho, al texto definitivo de la Ley. Según el precepto citado, las garantías reales constituidas sobre bienes no afectos debían sustanciarse hasta que tuviera lugar la realización de los bienes, quedando suspendida la tramitación posterior, esto es, el reparto del importe obtenido en la subasta. La modificación introducida por el texto definitivo de la Ley consistió en suprimir la obligada espera para el reparto de lo obtenido una vez llevada a cabo la realización de los bienes, pero sin alterar el derecho de ejecución separada reconocido por dicho apartado.

La doctrina mayoritaria se inclina decididamente por esta interpretación, al estimar que el artículo 56 LC sólo permite la paralización de las ejecuciones hipotecarias cuando los bienes estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad⁸. Asimismo, esta es la interpretación acogida por la jurisprudencia, tal y como se desprende de los AAJM núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (LA LEY 651/2005), núm. 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006 (LA LEY 88067/2006) y núm. 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (LA LEY 18ado6851/2006).

2.2. Tribunal competente

Según lo establecido en el artículo 57 LC, las acciones entabladas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado que se inicien o se reanuden una vez que se den las circunstancias previstas en la Ley, se someterán a la

7. Así parece entenderlo DURO VENTURA, C., "Comentario al artículo 56", *Comentarios a la legislación concursal*, coord. por PALOMAR OLMEDA, A., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 563.

8. En este sentido, RIBELLES, J. M.ª, "Comentario al artículo 56", *Derecho concursal Práctico*, coord. por FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A, Iurgium, Madrid, 2004, pág. 305; CARRASCO PERERA, "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 591, SÁNCHEZ-RUS, H y A., "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 1043; GÓMEZ GÁLLIGO, "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 1057.

jurisdicción del juez del concurso. Pero nada dice sobre las ejecuciones que recaigan sobre bienes no afectos, lo que exige determinar si tales ejecuciones se someten igualmente a su jurisdicción o si deben sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria con arreglo al tenor literal del artículo 8.3 LC y 86 ter LOPJ.

En principio, el artículo 8.3º LC, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter LOPJ, atribuye al Juez del concurso el conocimiento de “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado”, lo cual avalaría la postura de considerar competente al juez del concurso ⁹. Ahora bien, según la jurisprudencia, dicha norma sólo constituye un principio general que debe ponerse en relación con los preceptos de la Ley Concursal que regulan la incidencia del concurso sobre las ejecuciones y, en concreto, con los artículos 55, 56 y 57 LC. Tales preceptos incorporan normas de competencia objetiva, al excluir determinadas ejecuciones de la competencia del juez del concurso, tal y como sucede con las ejecuciones laborales y los procedimientos administrativos de apremio (cfr. art. 55.1º.2º LC), así como con las ejecuciones hipotecarias sobre los bienes del concursado que no estén afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, por lo que tales ejecuciones deberán ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. Por tanto, las ejecuciones hipotecarias sólo se someterán al conocimiento del juez del concurso cuando recaigan sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor; el resto de las ejecuciones deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria y gozan de un derecho de ejecución separada ¹⁰.

En estos términos se pronuncia el AJM núm. 2 de Barcelona, de 26 de septiembre de 2006 (LA LEY 204649/2006), según el cual “el artículo 57.1º establece una norma de competencia objetiva, al atribuir al Juez del concurso únicamente el conocimiento de las acciones y ejecuciones a las que alude el artículo 56, esto es, las acciones y ejecuciones de garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial del deudor o a una unidad productiva de su titularidad”; en el mismo sentido se pronuncia el AJM núm. 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (LA LEY 186851), con cita expresa del AJM núm. 2 de Barcelona, de 24 de mayo de 2006, según el cual el único sentido posible es “que el legislador ha preferido mantener la ejecución de las garantías reales sobre bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor concursado (por ejemplo, concurso de no empresarios) al margen del concurso, tanto al no aplicarles el régimen de paralización como en cuanto al juez competente, residenciándolas en el juez ordinario o instancias no judiciales”. Vid., asimismo, AJM núm. 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006 (LA LEY 186874).

9. Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, aunque precisa que la absorción de esta ejecución por el juez del concurso no procederá si la ejecución se ha tramitado o se pretende ejercitar extrajudicialmente (“Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 591, 620 y 623); SÁNCHEZ RUS, H y A, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1044

10. Vid., HERBOSA MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 7; asimismo, RIBELLES, “Comentario al artículo 57”, *ob. cit.*, pág. 305; GÓMEZ GÁLLIGO, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1059.

3. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor

Lo establecido en los artículos 56 y 57 LC plantea la necesidad de resolver dos cuestiones: a) qué ha de entenderse por bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor; b) a quién corresponde determinar dicho carácter.

3.1. “Afección” de los bienes

La limitación del privilegio de ejecución separada alcanza sólo a los “bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad” (cfr. art. 56.1.1º LC), por lo que la paralización o suspensión temporal de las ejecuciones sólo se produce cuando la garantía hipotecaria recae sobre bienes que tienen esta condición ¹¹. Conforme declara el AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005 (LA LEY 10402/2005), “Lo que indudablemente sí resulta preciso para que proceda la suspensión de la ejecución hipotecaria ya iniciada, en virtud de la remisión del nº 2 del artículo 56 de la Ley Concursal al precedente nº 1 que regula la paralización de este tipo de acciones cuando todavía no están comenzadas (y de la reiteración del término afecto en el propio nº2), es que lo sometido a garantía real sea un bien del concursado afecto a su actividad profesional o empresarial o a una actividad productiva de su titularidad”.

La razón de ser de esta paralización radica en el interés de evitar, en la medida de lo posible, la disgregación y la realización de los bienes vinculados a la actividad productiva del deudor, y de facilitar la continuidad de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, la cual no se ve interrumpida por la declaración de concurso (cfr. art. 44.1 LC) ¹². Como declara la Exposición de Motivos, la existencia de un régimen común para comerciantes y no comerciantes no supone ignorar “la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”, y las limitaciones establecidas por la Ley para las ejecuciones que recaigan sobre bienes o derechos afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado o a una unidad productiva de su titularidad, es una buena muestra de ello.

11. Esta interpretación es la mayoritaria en la doctrina, aunque algunos autores sostienen que la suspensión afecta a cualquier procedimiento de ejecución, judicial o extrajudicial, que se halle en tramitación al tiempo de la declaración de concurso, tanto si la garantía recae sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, como si recae sobre bienes no afectos. Se argumenta en este sentido que el artículo 56.2 LC se refiere a las “acciones” y no a los “bienes” enumerados en el apartado 1, por lo que se trata de una previsión de alcance general que no afecta a una concreta categoría de bienes (SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1056.

12. Vid., en este sentido, Sánchez Rus, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1048.

Como ha precisado la doctrina, por bienes afectos habrá que entender aquéllos bienes que se hallen vinculados o destinados a la actividad profesional o empresarial del deudor, que sean utilizados de manera efectiva por el deudor en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial¹³. La afectación de los bienes requiere, por tanto, la existencia una organización profesional o empresarial real y efectiva, con independencia de otros requisitos, como la inscripción del empresario individual en el Registro Mercantil (arts. 1 y 9.1 CCom)¹⁴. Así, habrá que determinar caso por caso si existe o no una actividad u organización profesional efectiva, y la vinculación de los bienes ejecutados con dicha actividad, aunque existen ciertos casos que, por la propia naturaleza de los mismos, cabe considerarlos afectos a una actividad profesional o empresarial del deudor¹⁵. En fin, como declara el AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005 “la afectación es una condición que el juez del concurso debe ir asignando en cada caso en función de las circunstancias que en la práctica resulten concurrentes”. En cuanto a los elementos de juicio de los que dispone el juez, el auto citado precisa que “Los alegatos de las partes, el informe al respecto de la administración concursal y los antecedentes aportados a las actuaciones han de revelar si se trata de un bien relacionado con la organización profesional o empresarial del deudor concursado o con las necesidades del proceso productivo”¹⁶.

Repárese en que el “bien o derecho afecto” a la actividad profesional o empresarial del deudor constituye una categoría más amplia que la de los “bienes o derechos necesarios” para la continuidad de dicha actividad a los que se refiere el inciso final del artículo 56.2 LC, ya que ambas categorías se contraponen en dicho apartado. En este sentido, se precisa que la Ley no establece un régimen especial para este tipo de bienes o derechos en atención a su necesidad para la continuidad de la empresa, sino que atiende al mero hecho objetivo de una vinculación objetiva con la misma, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 56.2 LC que atiende a “la necesidad” como criterio decisivo para impedir la continuación de las ejecuciones en curso, que son sólo aquellos que resultan imprescindibles para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹⁷. Se pronuncia en estos términos el AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005 (LA LEY 10402/2005), al afirmar que para la procedencia de la suspensión sólo es necesario que se trate de un “bien afecto”, y

13. Vid., RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 302.

14. Vid., SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1049.

15. Sobre tales supuestos y aquellos otros en los que la calificación como bienes afectos puede resultar problemática, vid., SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 1050 y 1052.

16. Sobre la documentación obrante en el concurso de la que debe servirse el juez para determinar la naturaleza del bien, vid. RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 302-303.

17. Vid., ASENSIO MELLADO, J. M.ª, “Comentario al artículo 56 LC”, *Ley concursal. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*, coord. por GALLEGU SÁNCHEZ, E., tomo I, *La Ley*, Madrid, 2002, págs. 679 y 681; SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1050; CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 603-604.

no resulta preciso exigir que el inmueble cumpla además el requisito de tratarse de un “bien necesario” para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, “que supone un plus respecto al concepto de bien afecto a que se refiere el nº 1 del mismo precepto legal, para el caso de que los anuncios hubiesen sido anteriores a la declaración de concurso”.

Ahora bien, en la medida que el artículo 56 LC es una norma limitativa de derechos en cuanto establece una limitación del privilegio de ejecución separada, no parece aconsejable una interpretación extensiva, aunque la consideración de bienes afectos pueda favorecer el interés general del concurso¹⁸.

En todo caso, según ha puesto de manifiesto la doctrina, dado que el carácter afecto o no de los bienes a la actividad profesional o empresarial del deudor es una cuestión de hecho, nada impide que durante la tramitación del concurso pueda producirse una desafección de bienes inicialmente vinculados a dicha actividad, en cuyo caso tales bienes dejarán de estar incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la norma (cfr. art. 56.1 LC) y procederá poner fin a la paralización o suspensión temporal de las garantías¹⁹.

3.2. Su determinación

En cuanto a la cuestión de a quién corresponde determinar si los bienes hipotecados tienen o no la condición de bienes afectos, desde un punto de vista teórico, cabe defender diferentes posturas.

a. Según una postura doctrinal, la decisión debe tomarla en exclusiva el juez ante el que se promueva la ejecución hipotecaria, quien debe valorar si el bien está o no afecto a la actividad profesional o empresarial del deudor, por ser éste el criterio determinante de su competencia objetiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46, 48 y 49 LEC y 98 LOPJ²⁰.

Llevando hasta sus últimas consecuencias esta interpretación, si la ejecución hipotecaria se inicia ante la jurisdicción ordinaria y el juez que conoce de la misma acuerda su paralización o suspensión temporal, por entender que recae sobre bienes afectos, el juez del concurso ante el que se inicie o reanude la ejecución conforme al artículo 57 LC no podrá decidir sobre su propia competencia. Así, cuando las ejecuciones se inicien o reanuden ante el juez del concurso, una vez transcurridos los plazos previstos en la Ley, aquél sólo podrá decidir sobre su competencia objetiva en el caso de que las ejecuciones hayan sido entabladas directamente ante su jurisdicción, no

18. En este sentido, vid., RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 302.

19. En este sentido, vid., SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.* págs. 1050 y 1063.

20. Vid., en este sentido, RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 303 y 305; ASENSIO MELLADO, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 682.

cuando hayan sido previamente paralizadas o suspendidas, interpretación que contradice, o al menos no es completamente respetuosa con el artículo 57 LC (según el cual, el juez decidirá “sobre su procedencia” en todo caso, sin ninguna limitación)²¹.

Por otra parte, esta postura doctrinal es susceptible de crítica, en cuanto la información necesaria para decidir sobre la afectación de los bienes se encuentra en el concurso, a la que el juez civil no tiene acceso directo²².

No obstante, ésta parece ser la postura mantenida por el AJM núm. 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004 (LA LEY 651/2005), cuando declara que el planteamiento de la suspensión debe efectuarse ante el Juzgado que sigue la ejecución singular.

b. Cabría entender, con un criterio distinto, que, en principio, la decisión sobre el carácter de los bienes debe tomarla, a instancia de parte, el juez que está conociendo de la ejecución, quien debe decidir, en primer término, sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes hipotecados y, por ende, sobre su competencia objetiva conforme a las reglas generales de la LEC (cfr. arts. 46, 48 y 49 LEC). Pero en la medida que ninguna norma impone al juez del concurso el deber de secundar la decisión del juez que conoce de la ejecución, en el caso de que el primero valore el carácter de los bienes de distinto modo y se inhiba, y no haya conformidad por parte del segundo, surgirá un conflicto negativo de competencia que deberá resolverse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 a 50 LOPJ. Esta es la postura mantenida por el AJM núm. 1 de Vitoria, de 28 de noviembre de 2005 (LA LEY 2039/2005), recaído en un supuesto en el que se cuestiona cuál es el órgano competente para decidir sobre el carácter necesario del bien o derecho embargado en un procedimiento administrativo de apremio, conforme a lo previsto en el artículo 55.1.2º LC, aunque el razonamiento utilizado puede hacerse extensivo al caso que nos ocupa.

c. Cabe sostener finalmente que la apreciación del carácter afecto o no afecto de los bienes gravados corresponde en exclusiva al juez del concurso, a instancia de parte, tanto al solicitar los acreedores la ejecución de la garantía directamente ante el juez del concurso, como al resolver sobre la cuestión planteada ante éste²³.

De acuerdo con esta postura, sería necesario distinguir dos supuestos:

21. No parece entenderlo así RIBELLES, al afirmar que la norma permite al juez del concurso decidir sobre “su propia competencia” – sin ninguna limitación– en relación a las acciones que le sean planteadas (“Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 305).

22. Vid., ASENCIO MELLADO, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 682.

23. Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 604); SÁNCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1052; GÓMEZ GÁLLIGO, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1059.

a) En el caso de que las ejecuciones se hallen en tramitación o se inicien ante la jurisdicción ordinaria después de la declaración de concurso, el concursado o, en su caso, la administración concursal, deberá solicitar al juez del concurso que declare el carácter afecto de los bienes, interesando, en su caso, la comunicación de tal resolución al juez ante el que se tramita la ejecución hipotecaria, para que proceda a la suspensión de las ejecuciones con arreglo al artículo 56.1 y 2 LC. El juez del concurso deberá atenerse a tal declaración cuando se inicien o reanuden ante el mismo las ejecuciones hipotecarias paralizadas o suspendidas temporalmente conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 LC.

Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal de Jurisdicción, de 22 de diciembre de 2006 (LA LEY 226344/2006), en relación a un conflicto de jurisdicción planteado entre la Agencia Estatal Tributaria y el juez del concurso, en el que se discute a quien corresponde decidir el "carácter necesario" de los bienes o derechos respecto de los que se ha dictado providencia de apremio, a los fines de aplicar la excepción prevista para las ejecuciones administrativas en el artículo 55.1.2º LC. La citada sentencia parece entender que, en este caso, no hay en verdad conflicto, ya que siempre prevalece la resolución del juez del concurso, decisión que es claramente extrapolable, por lo que respecta a quien tiene la capacidad de decidir, al caso de las garantías que ahora nos ocupa.

Ahora bien, aunque el órgano que deba decidir sobre el carácter de los bienes sea, en ambos casos, el juez del concurso, es distinto el sujeto que debe instar el pronunciamiento sobre el carácter de los bienes en los apremios administrativos (ex art. 55.1.2º LC) y en las ejecuciones hipotecarias (ex. art. 56 LC). En efecto, mientras que en la excepción prevista en el artículo 55.1.2º LC es el órgano administrativo el que debe dirigirse de oficio al juez del concurso para que se pronuncie sobre el carácter necesario o no necesario de los bienes sobre los que se dirige el apremio, en las ejecuciones hipotecarias será el concursado o, en su caso, la administración concursal, quien deba dirigirse al mismo para que decida sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes hipotecados.

La razón de ser de esta diferencia es que las actuaciones ejecutivas seguidas ante el órgano administrativo se suspenden desde la declaración de concurso (cfr. art. 55.2 LC) y, por tanto, será aquél quien debe dirigirse al juez del concurso para instar que continúen, previo pronunciamiento de que los bienes objeto de embargo administrativo no resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. Según la citada sentencia, "la Administración tributaria cuando un procedimiento de apremio se encuentra en curso y se produzca la declaración del concurso, ha de dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que éste decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Si la declaración judicial es negativa la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución. Si, por el contrario, es positiva pierde su competencia,

en los términos establecidos en el citado artículo 55 y con los efectos previstos en el apartado tercero para la hipótesis de contravención". Sin embargo, en la medida que la suspensión o paralización temporal de las ejecuciones hipotecarias que recaen sobre bienes afectos constituye una limitación, en beneficio del concurso, del privilegio de ejecución separada, corresponderá a la representación del concurso dirigirse al juez concursal a fin de que éste decida sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes hipotecados.

Desde un punto de vista procesal, no parece que esta cuestión, a falta de regulación específica, deba ventilarse por los trámites del incidente concursal (cfr. arts. 192 y 194.2 LC)²⁴. A mi juicio, bastará con dar traslado de la solicitud a las partes personadas y al Ministerio fiscal, a fin de que efectúen alegaciones acerca del carácter del bien, en cuanto lo que se ventila, en el fondo, es la competencia objetiva del Juzgado para conocer de la ejecución (cfr. art. 48 LEC)²⁵. En cualquier caso, la resolución dictada por el juez del concurso se pronunciará de un modo expreso sobre el carácter de los bienes, declarando, en su caso, el carácter afecto de los mismos a la actividad profesional o empresarial del deudor e interesando al tribunal que está conociendo de la ejecución la suspensión de las ejecuciones hipotecarias en curso.

b) En el supuesto de que las ejecuciones hipotecarias se entablen directamente ante el juez del concurso, por entenderse que recaen sobre bienes afectos, el juez "a instancia de parte decidirá sobre su procedencia", conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 LC.

La decisión "sobre su procedencia" requiere, como se ha dicho, que el juez del concurso, con carácter previo al despacho de la ejecución, decida sobre su competencia, lo cual requiere un pronunciamiento expreso sobre el carácter afecto de los bienes. No obstante, según el citado artículo 57. 1 LC, el juez sólo puede pronunciarse sobre este extremo "a instancia de parte", esto es, cuando resulte controvertido el carácter afecto o no afecto de los bienes hipotecados, de tal modo que si no hay controversia sobre este extremo el juez debe limitarse a decidir sobre su competencia en función del carácter que se les atribuya. Así, en el caso resuelto por el AJM núm. 1 de Alicante de 29 de septiembre de 2006 (LA LEY 186851/2006) no se discute si los bienes hipotecados son de los "no afectos, al no resultar cuestionado este extremo, sino sólo ante qué Juzgado debe seguirse la ejecución de este tipo de bienes; vid., en el mismo sentido, AJM núm. 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006 (LA LEY 186874/2006).

24. Vid. CARRASCO PERERA, "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 605. Lo entiende de manera distinta, SÁNCHEZ RUS, H. y A., "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 1052.

25. Sin embargo, en los supuestos que dan lugar a los Autos del JM núm. 2 de Barcelona, de 26 de septiembre de 2006 (LA LEY 204649/2006) y JM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005 (LA LEY 10402/2005), anteriormente citados, se acuerda simplemente dar traslado a las demás partes personadas, sin audiencia previa del Ministerio fiscal.

En caso de que el juez del concurso considere que los bienes sobre los que se entabla la ejecución no tienen la condición de bienes afectos dictará auto declarando la falta de competencia objetiva de dicho Juzgado conforme a lo dispuesto en el artículo 57.1 LC, al no estar afectos los bienes a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva del concursado, e indicando el tribunal ante el que pueden iniciar o reanudar la ejecución (cfr. art. 48.4 LEC), tal y como declaran los AAJM núm. 1 de Alicante de 29 de septiembre de 2006 (LA LEY 186851/2006) y núm. 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006 (LA LEY 186874/2006), anteriormente citados. Según lo establecido en la LEC para los juicios civiles, contra el auto absteniéndose de conocer dictado por el juez del concurso cabría recurso de apelación (cfr. arts. 66.1 y 552.2 LEC)²⁶, aunque se llega a un resultado distinto si se estima que los artículos 197.2 y 3 LC han de ser de aplicación preferente²⁷.

4. Particularidades de la ejecución sobre bienes afectos

De acuerdo con lo explicado más arriba, el régimen aplicable a las ejecuciones hipotecarias debe determinarse en función de que las mismas recaigan o no sobre “bienes afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad”, tanto por lo que respecta a la competencia objetiva del tribunal como a los efectos de la declaración de concurso sobre tales ejecuciones: la suspensión o paralización temporal de las ejecuciones sólo afecta a las que recaen sobre bienes que tienen esta condición y sólo estas ejecuciones son competencia del juez del concurso.

4.1. Paralización o suspensión de las ejecuciones

Como regla general, las ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre los bienes señalados se suspenderán de manera temporal, hasta que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de la hipoteca, con el fin de evitar que las ejecuciones hipotecarias puedan en-

26. Vid., en este sentido los AAJM núm. 1 de Alicante, de 29 de septiembre de 2006 (LA LEY 186851/2006) y núm. 1 de Asturias, de 13 de marzo de 2006 (LA LEY 186874/2006)

27. Así lo entiende, HERRERA CUEVAS, E., “De la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil”, *Diario La Ley*, núm. 6192, 17 de febrero de 2005, pág. 12; vid., asimismo, SANCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 1052-1053. Ciertamente, a favor de esta última interpretación puede alegarse la literalidad del artículo 57.1 LC, a cuyo tenor la acomodación a las actuaciones propias del procedimiento judicial o extrajudicial sumario se producen después de acordarse su tramitación.

torpecer la aprobación de un convenio beneficioso para los intereses del concurso. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que los acreedores con privilegio especial tienen derecho a no someterse al convenio, salvo que voten a favor del mismo (cfr. art. 123.2º LC). El convenio se aprueba por sentencia, una vez transcurrido el plazo de diez días sin formular oposición (cfr. art. 130 LC) o, de formularse ésta, tras la tramitación del correspondiente incidente concursal (cfr. art. 129 LC). La aprobación del convenio pone fin a la paralización o suspensión temporal de las acciones, siempre que dicho convenio no afecte a los acreedores hipotecarios, bien por haber ejercido su derecho de abstención, bien porque el convenio incorpore el privilegio de ejecución separada a favor de tales acreedores.

b. Transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación (cfr. art. 56.1.1º LC). De acuerdo con este precepto, el plazo del año es un plazo máximo, porque si se abre la liquidación con anterioridad no será necesario prolongar la suspensión hasta que se complete el mismo, sino que deberá estarse a lo establecido en el artículo 57.3 LC²⁸. Como se explica después, de acuerdo con lo establecido en este precepto, la apertura de la fase de liquidación supone la pérdida definitiva del privilegio de ejecución separada para las hipotecas que no hayan comenzado a ejecutarse antes de la declaración de concurso.

La paralización afecta tanto a las nuevas ejecuciones como a las ejecuciones en curso, ya que el criterio seguido por la LC es el de la imposibilidad de iniciar nuevas ejecuciones hipotecarias que recaigan sobre bienes afectos (cfr. art. 56.1 LC) o, en su caso, el de la suspensión temporal de las actuaciones ya iniciadas, hasta que se acredite en el proceso la concurrencia de alguna de las circunstancias señaladas (cfr. art. 56.2 LC)²⁹. Se introducen así nuevos supuestos de suspensión del proceso de ejecución hipotecaria cuando las hipotecas recaigan sobre bienes afectos, que no tenían cabida en la regulación anterior.

Según lo establecido en el artículo 56. 2 LC el tribunal debe suspender la ejecución “desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento”. Dicho precepto establece, así, un criterio distinto al que prevé el artículo 55 LC para las ejecuciones singulares que se hallaren en tramitación, conforme al cual las actuaciones quedarán en suspenso “desde la fecha de la declaración de concurso”, en contradicción aparente con el artículo 568 LEC, (según la nueva redacción dada a este precepto por la LC), conforme a la cual “el tribunal suspenderá la ejecución en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en

28. Vid., en este sentido, RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 304. Sin embargo, lo entiende de manera distinta, DURO VENTURA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 564.

29. Sobre la paralización temporal de estas acciones, vid. HERBOSA MARTÍNEZ, “Los efectos...”, *ob. cit.*, págs. 7-8.

situación de concurso”, si bien la cuestión no es tanto determinar en qué momento el tribunal debe decretar la suspensión (cfr. art. 568 LEC), como desde qué momento las actuaciones ejecutivas carecen de validez, y, según lo establecido en el artículo 55 LC, este momento es el de la fecha de la declaración de concurso.

Por lo que atañe a las ejecuciones hipotecarias, según lo establecido en el artículo 56.2 LC, el momento a partir del cual las actuaciones carecen de validez es, como se ha dicho, aquél en que la declaración de concurso conste en el procedimiento. A estos efectos, la LC no contempla notificación alguna de la declaración de concurso a los Juzgados que conozcan de ejecuciones contra el concursado (aunque la nueva redacción del artículo 568 LEC, como hacía la antigua versión de este precepto, todavía se refiere a esta “notificación”). No obstante, para las ejecuciones hipotecarias, si se ha procedido a practicar la anotación de la declaración de concurso a la que se refiere el artículo 24.4 LC, los artículos 135 LH y 143 RH imponen al registrador la obligación de notificar este asiento al juez que está conociendo de la ejecución, asiento que, asimismo, deberá figurar en la certificación de dominio y cargas a que se refiere el artículo 688 LEC, en el caso de que tal anotación se practique antes de expedirse aquélla. A falta de dicha anotación, el juez ante el que se tramita la ejecución hipotecaria no tendrá constancia formal de la declaración de concurso hasta el momento en que se le comunique la resolución judicial declarando el carácter afecto de los bienes e interesando la suspensión de la ejecución³⁰.

En cualquier caso, habrá que estar a la fecha en que la declaración de concurso conste de manera formal en el proceso de ejecución hipotecaria, por cualquiera de los medios señalados. No parece suficiente, a estos efectos, con que el juez tenga conocimiento de manera informal del procedimiento, pues el *dies a quo* que fija en toda su extensión los efectos del concurso sobre las ejecuciones hipotecarias ha de ser un dato objetivo, cual es, la constancia formal de la declaración de concurso en el procedimiento de ejecución³¹.

Ha de tenerse en cuenta, finalmente, que el tribunal no podrá decretar la suspensión, aunque conste formalmente la declaración de concurso en el procedimiento, hasta que reciba comunicación del juez del concurso interesando la suspensión, a quien, como se ha dicho, corresponde decidir sobre el carácter afecto o no afecto de los bienes (y, en su caso, necesario o no necesario de los mismos ex art. 56.2 LC). En otras palabras, la suspensión no podrá decretarse hasta que así se interese por el juez del concurso, aunque con efectos desde el día en que conste de manera formal en el procedimiento la declaración del concurso. A pesar de que la LC no lo dice expresamen-

30. Vid., en este sentido, DURO VENTURA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 564.

31. Parece entenderlo de manera distinta, RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 305; CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 610.

te, ha de considerarse nula de pleno derecho cualquier actuación que se hubiere podido practicar con posterioridad a esa fecha (cfr. art. 55.3 LC por analogía).

4.2. Su inicio o reanudación

Según lo establecido en la Ley, las ejecuciones que se inicien o se reanuden cuando concurran las circunstancias establecidas en el artículo 56 LC se someterán a la jurisdicción del juez del concurso, quien decidirá, a instancia de parte, sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, conforme a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (cfr. art. 57.1 LC)³².

Según el artículo 57.1 LC, el juez del concurso decidirá sobre la “procedencia” de las ejecuciones que se inicien o reanuden ante el juez del concurso, cuya competencia, como se ha dicho, sólo cubre las que recaigan sobre bienes afectos. El juicio de procedencia exige comprobar si concurren las circunstancias que determinan su propia competencia, esto es, si las ejecuciones recaen sobre bienes afectos; si se dan las condiciones establecidas en el artículo 56 LC para poner fin a la suspensión o paralización temporal de las garantías; y si concurren los demás requisitos procesales y materiales para acordar el despacho de la ejecución conforme al artículo 571 LEC³³.

Conforme a la literalidad del precepto, el juez sólo podrá pronunciarse sobre estos extremos “a instancia de parte”, aunque es dudoso que esta exigencia se refiera a los dos últimos señalados, esto es, la concurrencia de las condiciones del artículo 56 para poner fin a la suspensión o paralización de las ejecuciones y los presupuestos de la ejecución, ya que ambos son presupuestos procesales de la ejecución hipotecaria, y, como tales, apreciables de oficio (cfr. art. 551.1 LEC). Así, la exigencia impuesta al juez del concurso de decidir “a instancia de parte” parece referirse sólo a la apreciación del carácter afecto o no afecto de los bienes, como presupuesto determinante de su competencia objetiva, de tal modo que, como se ha explicado más arriba, el juez del concurso no podrá decidir de oficio sobre este extremo cuando no resulte controvertido dicho carácter.

En todo caso, una vez superado el lapso de tiempo establecido por la ley, las ejecuciones hipotecarias deberán tramitarse en una “pieza separada” ante el juez del

32. Suscita alguna dificultad la previsión de que el juez del concurso acomode sus actuaciones a las normas del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Pese a todo, de acuerdo con la literalidad de la norma, hay que entender que el procedimiento deberá desarrollarse ante el juez del concurso pero aplicando las normas del procedimiento extrajudicial, realizando, en su caso, las adaptaciones oportunas.

33. Vid., en este sentido, CARRASCO PERERA, “Comentario al artículo 57”, *ob. cit.*, págs. 622-623, aunque este autor considera que el juicio sobre la procedencia de las acciones no se extiende a la competencia objetiva del juez del concurso, sobre la base de que todas, recaigan o no sobre bienes afectos, han de someterse a su jurisdicción.

concurso (cfr. art. 57.1 LC). Como ha precisado la doctrina, no existe en la LEC ni en la propia LEC un significado técnico de esta expresión, también utilizada en el artículo 57.3 *in fine* LC, aunque es sobradamente conocida en la práctica. A estos efectos, “pieza separada” no quiere decir otra cosa que las ejecuciones no se someten a las normas procesales y materiales del concurso, sino que se tramitan de manera independiente ante el juez del concurso, por las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (cfr. art. 57.1 LC)³⁴. A estos efectos, la aplicación de las normas específicas del proceso de ejecución hipotecaria no plantea dificultades, aunque la doctrina advierte que no se comprende cómo podrá el juez acomodarse a las normas de un procedimiento extrajudicial³⁵.

En suma, conforme a lo establecido en el artículo 57.1 LC, los acreedores hipotecarios mantienen en parte su privilegio de hacer efectivas sus garantías de forma separada, sin acumularse a la ejecución colectiva, aunque el juez competente para la ejecución es en todo caso el juez del concurso.

No obstante, la apertura de la fase de liquidación produce la pérdida definitiva del privilegio de la ejecución separada (en pieza) para las acciones que no se hubieran iniciado antes de la declaración de concurso, de manera que cuando tales ejecuciones se inicien, por vez primera, ante el juez del concurso quedan sometidas a la ejecución colectiva (cfr. art. 57.3 LC). De acuerdo con dicho precepto, la nueva redacción del párrafo 2º del artículo 98.1.2º LEC suprime la prohibición de acumulación de los procesos de ejecución en los que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados a los procesos concursales, ya que, según lo establecido en el citado artículo 57.3 LC la apertura de la liquidación determina la acumulación de las nuevas ejecuciones a la ejecución colectiva, sin perjuicio del privilegio especial sobre los bienes y derechos afectos (cfr. art. 155.1 y 90.1 LC).

Sin embargo, si las acciones todavía no se han reanudado cuando se produce la fase de liquidación, pero hubieran sido ejercitadas antes quedando temporalmente suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, se reanudarán, “acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada” (cfr. art. 57.3 *in fine* y 155.1 LC). Como ha precisado la doctrina, la expresión “acumulación” no tiene aquí ningún significado técnico, pues las ejecuciones se tramitan en un procedimiento independiente, como pieza separada, dentro del concurso³⁶.

La Ley no aclara si la acumulación es inmediatamente posterior a la suspensión de la ejecución o si debe realizarse cuando se den las circunstancias necesarias para su inicio o reanudación. Según ha precisado la doctrina, parece lógico que, al tiempo

34. Vid. CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 620.

35. Sobre el posible sentido de esta exigencia, vid. CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 622.

36. CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, págs. 620-621.

de ordenarse la suspensión del procedimiento, se acuerde también la acumulación y la remisión de los autos al juez del concurso (cfr. 92 LEC)³⁷.

4.3. Supuestos en que procede su continuación

Hay dos supuestos en los que las actuaciones ya iniciadas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresaria del deudor, o a una unidad productiva de su titularidad, continúan, como excepción a la regla general de suspensión establecida por la Ley para las garantías que recaen sobre este tipo de bienes: cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor (cfr. art. 56.4 LC) y cuando al tiempo de la declaración de concurso ya se hayan publicado los anuncios para la subasta del bien o derecho, siempre que la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (cfr. art. 56.2 LC).

4.3.1. Tercer poseedor de bienes hipotecados

La declaración de concurso no afectará a las ejecuciones hipotecarias cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien hipotecado (cfr. art. 56.4 LC). Como es sabido, el tercer poseedor es el tercer adquirente de dominio de la finca gravada con la hipoteca que no se subroga en la deuda u obligación asegurada (cfr. arts. 118 LH, 613, 662, 685.1, 686.1 y 2 y 698 LEC). Esta previsión es lógica, pues la Ley establece ciertos límites para las ejecuciones hipotecarias en interés de los demás acreedores de la masa pasiva del concurso, integrada por todos los créditos contra el deudor común (cfr. art. 84.1 LC), sobre la base de que todos sus titulares están personalmente vinculados con el sujeto sometido a concurso; pero dichas ejecuciones no deben quedar afectadas por la declaración de concurso del propietario no deudor, ya que los titulares de las hipotecas no están personalmente ligados con el concursado, sus créditos no forman parte de la masa pasiva de los créditos contra dicho sujeto, y de ahí que no deban sufrir restricciones en interés de la masa³⁸.

Con independencia de la valoración que merezca tal exclusión, el artículo 56.4 LC presupone que es condición de aplicación de la norma que el crédito, como derecho personal, que tiene a su favor el acreedor hipotecario, forme parte de la masa pasiva del concurso, pues en otro caso la pretensión ejecutiva entablada sobre los bienes hipotecados no queda afectada por la declaración de concurso. De ahí que,

37. RIBELLES, "Comentario...", *ob. cit.*, pág. 306.

38. Lo entiende de manera distinta, CARRASCO PERERA, quien sostiene que no hubiera cambiado nada si se hubiese permitido la insinuación del derecho de tales acreedores en la masa pasiva, limitado a la cuantía que resulte de la ejecución del bien afecto ("Comentario al artículo 56", *ob. cit.*, pág. 602).

por analogía con esta exclusión, la norma deba integrarse incluyendo igualmente la figura del hipotecante no deudor³⁹.

4.3.2. Excepción prevista en el artículo 56.2 LC

La suspensión temporal no se produce y, por ende, las ejecuciones hipotecarias seguirán su curso, cuando concurren de forma cumulativa las siguientes circunstancias: a) que al tiempo de la declaración de concurso ya estuviesen publicados los anuncios de la subasta; b) que la ejecución no recaiga “sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 56.2 LC.

Lo establecido en este apartado recuerda a la excepción prevista en el párrafo 2º del artículo 55 LC, en el que se recoge una excepción a la regla general de suspensión de las ejecuciones, aunque, como ha precisado la doctrina, el artículo 56.2 LC es más complejo, fundamentalmente porque también exige, para que proceda la excepción, que la ejecución recaiga sobre bienes afectos a dichas actividades⁴⁰.

En cualquier caso, el sentido que debe darse a lo dispuesto en este precepto es que, como excepción, no se decretará la suspensión de las ejecuciones hipotecarias cuando al tiempo de la declaración del concurso ya estuviesen publicados los anuncios de la subasta, y los bienes o derechos hipotecados, aunque estén objetivamente vinculados a la actividad del deudor, por tratarse de bienes afectos, no sean “necesarios” para continuar su actividad. Dicho de otro modo, las actuaciones ya iniciadas sobre bienes afectos no se suspenden si se hallaran en una fase avanzada de tramitación, al haberse publicado los anuncios para subasta, y no comprometen la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al no resultar necesarios para la misma. Pero la excepción no se aplica, y la ejecución se suspenderá temporalmente, si los bienes son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor⁴¹.

Por lo que respecta al primero de estos requisitos, según el AJM núm. 4 de Madrid, de 14 de enero de 2005 (LA LEY 10402/2005) debe resaltarse que la expresión legal es que “ya estuviesen publicados los anuncios”, en plural, por lo que bastaría con que la última de las publicaciones (siguiendo el criterio apuntado por los artículos 30.4 y 21.1.5º LC) acordadas al amparo de los artículos 645 y 668 LEC fuese posterior a la declaración de concurso, para que ya no debiera apreciarse la excepción a la regla de la suspensión.

39. Vid. CARRASCO PERERA, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 603.

40. Vid., ASENCIO MELLADO, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 682.

41. Vid., ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. “Comentario al artículo 56 LEC”, *Nueva Ley concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, coord. por Sala, A., Mercadal, F. y Alonso-Cuevillas, J., Bosch, Barcelona, 2004, pág. 311.

Por lo que atañe a la determinación del carácter “necesario” de los bienes, según ha declarado la jurisprudencia en relación a la excepción establecida en la LC para los apremios administrativos ex artículo 55.1.2º LC, “el bien necesario ha de serlo por hipótesis, y ligado al proceso productivo, como sirve de apoyo el referente analógico del art. 275.1 LPL, de los bienes que, siendo los susceptibles e embargo e invariable la satisfacción de los créditos por la empresa deudora, en aras de la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, puede dar lugar a la suspensión de la ejecución... lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad”.

Una cuestión distinta es determinar a quien corresponde decidir si el bien o derecho reúne el carácter de necesario. Como se ha explicado anteriormente para los bienes afectos ex artículo 56.1 LEC, la doctrina discute sobre la competencia para determinar a quien corresponde decidir sobre el carácter “necesario” de los mismos para la continuidad de la actividad, a los efectos de apreciar la excepción a que se refiere el artículo 56.2 LC. Así, según algunos autores, será el juez que conozca de la ejecución a quien corresponda decidir sobre el carácter necesario o no de los bienes⁴², mientras que otros defienden que sobre este extremo corresponde decidir al juez del concurso⁴³. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 22 de diciembre de 2006 (LA LEY 226344/2006) a la que anteriormente me he referido, obliga a entender que el órgano jurisdiccional que debe decidir acerca del carácter afecto y necesario de los bienes es el juez del concurso. Ahora bien, en la medida que la paralización o suspensión temporal de las ejecuciones hipotecarias prevista en el artículo 56 LC supone una excepción al beneficio de ejecución separada, será la representación del concurso quien ha de dirigirse al juez encargado del mismo, a fin de que ésta decida si los bienes hipotecados son o no afectos y, al tiempo, si son o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Si el juez del concurso entiende que se trata de bienes afectos y necesarios, así deberá comunicarlo al Juzgado ante el que se tramita la ejecución hipotecaria para que suspenda las actuaciones en los términos que prevé el artículo 56.2 LC.

La decisión del juez del concurso será recurrible en los términos explicados para determinar el carácter afecto de los bienes.

4.5. La opción de atender el pago del crédito

Según el artículo 56.3 LC, durante la paralización o suspensión temporal de las acciones entabladas sobre los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor (cfr. arts. 56.1 y 2), la administración concursal podrá optar por satisfacer el pago de los créditos asegurados con cargo a la masa, sin realización de los bienes o derechos hipotecados en los términos previstos en el artículo 155.2 LC.

42. Vid., RIBELLES, “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 304.

43. Vid., SANCHEZ RUS, H. y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1069.

La Ley presupone la existencia de una obligación en la que el pago del principal e intereses debe hacerse en plazos sucesivos y que vence anticipadamente, antes o después de la declaración de concurso, como consecuencia del impago de alguno de los mismos, lo que faculta al acreedor hipotecario para entablar ejecución contra los bienes. La razón de ser de tal previsión no es otra que la de evitar que, una vez concluida la paralización o suspensión, el acreedor proceda a la realización de la garantía en la forma prevista en el artículo 57.1 LC, es decir, en una pieza separada ante el juez del concurso⁴⁴.

La administración deberá comunicar a los titulares de la garantía hipotecaria que opta por proceder al pago y, una vez cumplido este trámite, deberá satisfacer el capital e intereses vencidos, y asumir la obligación de atender los plazos sucesivos como créditos contra la masa (cfr. arts. 155.1. y 2 y 84.2.7º LC).

En caso de incumplimiento posterior, según la literalidad del artículo 155.2 LC, “se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial” (cfr. art. 155.2 LC). Según algunos autores, tal previsión habilita al acreedor para proceder a la ejecución de la garantía, aun cuando no hayan transcurrido los plazos de suspensión o paralización temporal previstos en el artículo 56.1 LC, lo que, a su vez, constituye una excepción a la limitación temporal para iniciar ejecuciones dirigidas a hacer efectivas créditos contra la masa establecida por el artículo 154.2 LC⁴⁵. A mi juicio, esta interpretación no es defendible, pues cabe entender que el sentido de la norma es aclarar que el pago de las cantidades debidas, aunque sean créditos contra la masa (cfr. arts. 84.7º y 155.2 LC) se pagarán en todo caso con cargo a los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial, esto es, los bienes hipotecados, toda vez que falta en la LC un tratamiento general de los créditos contra la masa asegurados con garantía real.

5. Enajenación de los bienes hipotecados dentro del concurso

La LC regula de un modo expreso la enajenación dentro del concurso, tanto en la fase de liquidación como antes de la misma, de los bienes afectos a créditos con privilegio especial (cfr. arts. 155.3 y 4 LC), lo que es claramente aplicable a la enajenación de bienes hipotecados.

Aunque la LC no contempla un trámite de liquidación anticipada de los bienes del concurso, existen varios preceptos dispersos en la misma que prevén la posibilidad de la enajenación de bienes de la masa activa con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación. Así, el artículo 43 LC, aunque establece con carácter general la prohibición de enajenar o gravar los bienes y derechos del concurso, admite tal

44. SÁNCHEZ RUS, H y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1062.

45. Vid., SÁNCHEZ RUS, H y A., “Comentario...”, *ob. cit.*, pág. 1063.

posibilidad con autorización del juez; el artículo 155.3 LC prevé que pueda procederse a la enajenación de bienes afectos a privilegio especial, incluso antes de la liquidación; y el apartado 4 de dicho precepto, que tal realización se pueda llevar cabo "en cualquier estado del concurso". Así pues, no existe ningún reparo para llevar a cabo la venta de bienes hipotecados durante el concurso, siempre que concurra autorización judicial, y se haga con las garantías precisas, al amparo de lo previsto en los núm. 3 y 4 del artículo 155 LC (vid. AJM núm. 4, de Madrid, de 5 de abril de 2005 (LA LEY 74851)).

Lo establecido en el artículo 43. 2 LC ha de ponerse en relación con el artículo 188 LC que regula el régimen procesal para la concesión de tales autorizaciones, el cual atribuye legitimación para presentar tal solicitud a la administración concursal, y no a la entidad concursada, lo cual es plenamente acorde con la limitación de facultades a la que se encuentra sujeta ésta última como consecuencia de la declaración de concurso (vid. AJM núm. 1 de Madrid, de 27 de abril de 2005 (LA LEY 93728/2005)). En consonancia con dicho precepto, los apartados 3 y 4 del artículo 155 LC establecen de un modo expreso que también ha de ser la administración concursal la que solicite del juez del concurso autorización judicial para proceder a la enajenación con subsistencia del gravamen (cfr. art. 155.3 LC) y a la venta directa de los bienes (cfr. art. 155.4 LC).

5.1. Enajenación con subsistencia del gravamen

Según lo establecido en el artículo 155.3 LC, cuando se proceda a la venta de bienes hipotecados, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizar aquella con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, la cual "quedará excluida de la masa pasiva del concurso"⁴⁶. Se estará ante una auténtica asunción liberatoria de la deuda por parte del comprador de la finca, que, apartándose de las normas generales de la asunción de deuda hipotecaria, se lleva a cabo sin el consentimiento del acreedor hipotecario (cfr. arts 118.1 LH y 1205 CC), lo cual sólo puede entenderse como una limitación de las facultades de dicho acreedor como consecuencia de la declaración del concurso.

De no autorizarse la enajenación en estos términos, el precio obtenido con la enajenación se destinará de modo inmediato al pago del crédito asegurado con la garantía, y el exceso, al pago de los demás créditos (art. 155.3.1º *in fine* LC).

5.2. Venta directa

Según lo establecido en el artículo 155.4 LC, a solicitud de la administración concursal, el juez podrá autorizar la venta directa de los bienes hipotecados a persona que

46. Tal posibilidad ya estaba prevista en los precedentes legislativos de la Ley (art. 196 de la Propuesta/1995 y art. 292 del Anteproyecto/1983).

ofrezca un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, con aplicación del precio al pago del crédito garantizado (art. 155. 4. LC).

La publicidad que debe darse a la operación, al tratarse de una venta directa de un bien hipotecado, ha de ajustarse a las exigencias del artículo 155.4 LC, según el cual es necesario que se de a la autorización judicial y a las condiciones de la operación la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien afecto, por lo que tratándose de un inmueble hipotecado se estará a lo dispuesto en los artículos 645, 655 y 691.4 LEC. Dentro del plazo de diez días siguientes al último de los anuncios puede presentarse mejor postor, lo que daría lugar a que se abriese licitación entre ellos.

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL (EXTERNA)*

NÚRIA GINÉS CASTELLET
Profesora asociada de Derecho Civil
Facultad de Derecho – ESADE
Universidad Ramon Llull

SUMARIO

1. La sociedad como contrato.....	39
2. La interpretación contractual en la sociedad civil	44

*Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU 2003-06893 financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

1. La sociedad como contrato

A la vista del título que encabeza este escrito, puede parecer ocioso (o cuando menos incongruente) empezar por inquirir la naturaleza contractual de la sociedad civil, sobre todo tomando en consideración que no es ésta una cuestión que levante una excesiva polémica en nuestra doctrina. Al fin y al cabo –se afirma– el inicio del artículo 1.665 del Código civil parece no dejar espacio para la duda en este aspecto¹.

Que la sociedad civil es un contrato es afirmación prácticamente común entre nuestros autores². Ciertamente es que seguidamente se advierte que es algo más³: Así, se suele hablar de una vertiente contractual u obligatoria y de una vertiente institucional u organizativa que confluyen, ambas, en el fenómeno asociativo⁴. PAZ-ARES apostilla

1. TENA PIAZUELO, *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Valencia, 1997, p. 40, considera que abrir un debate sobre esas primeras palabras del legislador podría parecer “una osadía”.
2. Así, entre otros, puede citarse a GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, pp. 136-137; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 273 y 275; CAPILLA RONCERO, “Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código civil” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXI, vol. 1º, Madrid, 1986, p.11; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.302 y 1.316; TENA PIAZUELO, *op.cit.*, pp. 40-47; FONT-GALÁN/PINO ABAD, “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2001 (enero-marzo), nº 239, p. 181 y LACRUZ-RIVERO, *Elementos de Derecho civil*, II-2º, 2ª edición en Dykinson, Madrid, 2002, pp. 259 y ss.
3. Según LACRUZ-RIVERO, *Elementos... cit.*, pp. 259-260, lo que imprime carácter a la sociedad frente a otros contratos es “ese *status* que nace como resultado perseguido por las partes; *status* o individualidad jurídica en cuyo marco los socios van a desarrollar, en cumplimiento del fin social, múltiples contratos y actividades previstos genérica pero no específicamente por el convenio que les ata”.
4. Recientemente, QUESADA SÁNCHEZ, *La sociedad civil sin personalidad en el derecho español. Concepto y régimen jurídico*, Granada, 2007, pp. 7 y ss. Ver también DE EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2001, p. 58.

que, en realidad, ambas facetas no pueden separarse, ya que las dos se originan y explican en sede de los efectos del contrato⁵.

No pretendo ahora poner en tela de juicio una conclusión (la de la naturaleza contractual de la sociedad) que, hoy por hoy, más bien levanta adhesiones entre la doctrina que se ocupa de la materia⁶. Lo que persigo es poner de relieve aquellos aspectos de la sociedad que, en su día, fueron esgrimidos para alejar el vínculo asociativo del campo de los contratos y que son, precisamente, aquéllos que no se ajustan a los parámetros que configuran lo que se considera (o consideraba) el concepto "normal" de contrato (el de cambio: acuerdo bilateral compuesto a partir del punto de encuentro de intereses contrapuestos). Y es que aún admitiendo su carácter contractual –es la conclusión más lógica–, es preciso tener en cuenta que, con toda probabilidad, no fue el modelo que tuvo presente el legislador a la hora de establecer la disciplina general de los contratos, y en su seno, las normas sobre hermenéutica contractual⁷.

Por ello, aún partiendo de la aplicabilidad y aplicación de los criterios de interpretación previstos en el Código civil (arts. 1.281 a 1.289) al contrato de sociedad⁸, se hace preciso determinar las especialidades que presenta este contrato con el fin de adaptar aquellas normas al supuesto aplicativo o cuando menos, de detectar los problemas que pueden suscitarse en el intento de adaptación. Desde esa perspectiva, parece que las dos notas básicas que llevaron a cuestionar la naturaleza contractual de la sociedad son, de un lado, la comunidad de fin y de otro, la plurilateralidad.

La comunidad de fin se erige, en efecto, en el centro neurálgico del fenómeno societario⁹. La existencia de un fin común provoca que, junto a la contraposición de intereses

5. *Comentario... cit.*, p. 1.316.

6. Puede verse un extenso y elaborado tratamiento de la cuestión en QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 9-17.

7. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, p. 41, aunque desde otro ángulo y a la vista de una problemática distinta a la aquí abordada, pone de relieve que la detección de las notas singulares que presenta el contrato de sociedad sirve sobre todo "para adecuar la aplicación de los principios generales de los contratos a la sociedad, por cuanto, en buena medida, esos principios generales se han formulado a la vista de contratos en los que los intereses de las partes se contraponen netamente y se satisfacen mediante el intercambio de bienes o servicios".

8. GALGANO, "Le società in genere. Le società di persone", 3ª ed., en *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger*, Milano, 2007, p. 13, n. 32, advierte que "è costante, in giurisprudenza, l'orientamento secondo il qual l'atto costitutivo della società deve essere interpretato secondo i criteri interpretativi dei contratti".

9. De "nervio funcional sobre el que se asienta la especificidad de la sociedad" lo califica PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.313.

presente también en la sociedad¹⁰, se aprecie, en última instancia y también, la convergencia en un objetivo compartido, a través de cuya consecución se ven satisfechos los intereses particulares de los socios. Esto es, la sociedad es un instrumento por medio del cual se canaliza o vehicula un interés común compartido por todos los socios, en compaginación con el interés egoísta (pero naturalmente compatible con aquél) de cada uno de ellos. Y ello aleja indudablemente a la sociedad de la estructuración típica de los contratos de cambio, en los que se aprecia siempre una contraposición de intereses¹¹.

Por otro lado, la pluralidad de partes en el sentido de admisión de la concurrencia de más de dos centros de imputación de intereses diferentes, con asunción para cada partícipe de una posición jurídica autónoma (la condición de socio) e intereses propios, aunque aunados en el esfuerzo para lograr el fin comunitario¹², distancia asimismo el contrato de sociedad de otros contratos típicos como la compraventa, el arrendamiento, el depósito, el préstamo, etc., cuya estructura sólo admite la presencia de dos partes¹³. En la relación social hay tantas partes como socios, siendo cada uno de ellos titular de una posición autónoma e independiente respecto de la de los demás, sin que ello implique falta de conexión: es evidente que existe un punto de interrelación indiscutible, precisamente la comunidad de fin¹⁴.

Junto a ello, la creación de una organización de carácter estable con proyección de futuro y generalmente dotada de personalidad jurídica¹⁵ también tiene (o puede tener) incidencia en el manejo de las reglas de hermenéutica contractual. Y es que, como afirma PAZ-ARES¹⁶, "el hecho mismo de la existencia de una organización que va creando su vida y sus propios valores, hacen que la voluntad individual de los fundadores que no encontró en el tenor literal expresión suficiente vaya perdiendo intensidad con el paso del tiempo. Esto vale con mayor motivo si han cambiado los socios"¹⁷. Por su propia idiosincrasia, la sociedad es un fenómeno orgánico que evo-

10. En la doctrina actual ya no se niega: ver, entre otros, CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil cit.*, p. 38; PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.316; TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p. 46; DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 57; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 459 y ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, 11ª edición, Barcelona, 2002, p. 759.

11. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.322. En el mismo sentido, DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 55 y de un modo más detallado, QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 15.

12. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil cit.*, p. 40.

13. QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 11.

14. CAPILLA RONCERO, "Comentario..." *cit.*, pp. 24-25.

15. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil cit.*, pp. 37-38, explica que tal es la base de la teoría que conceptúa el acto constitutivo de la sociedad como acto colectivo unilateral.

16. *Comentario... cit.*, p. 1.325.

17. Ya advertía DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1991 (reimpresión), p. 79, que "en los negocios en que se pretenda crear o modificar una situación de interés público (p.e., respecto

luciona o puede evolucionar a lo largo de su existencia, rasgó éste que no se presenta en otros contratos. En la sociedad la voluntad no queda congelada en el contrato inicial. Y es que el contrato de sociedad, en la hipótesis de trabajo de la que aquí se parte (por ser el tipo legal y el supuesto, con mucho, más frecuente), da lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derecho, distinto de los miembros que lo integran (los socios), con su peculiar interés, precisamente el interés social, y con su propia facultad de ordenar y decidir la propia conducta, esto es, la voluntad orgánica de la sociedad. Y ni tan siquiera la voluntad de cada uno de los socios ha quedado fijada en el sentido de fosilizada en el contrato original. De ahí que podría llegar a hablarse de hasta tres voluntades distintas: la inicial plasmada en el contrato originario; la de la propia sociedad y la de cada uno de los socios en el desarrollo del ente orgánico.

Desde el prisma de la actividad vital que está llamada a desarrollar la sociedad, cobra señalado relieve el tema de los “estatutos sociales”, como conjunto de normas reguladoras de la articulación y funcionamiento del ente creado a partir del contrato social. Pese a no ser contemplado explícitamente en sede de sociedades civiles, se ha defendido su necesaria existencia ya que es cuestión que reclama la configuración propia de la sociedad¹⁸.

En un plano más secundario, en cuanto que no dejan de ser derivaciones de las particularidades básicas que muestra el contrato de sociedad, también cabe prestar atención a determinados principios que rigen (o pueden regir) en el desarrollo social.

En primer lugar, el deber de fidelidad, que preside y debe inspirar cualquier decisión y/o actuación de los socios y, en general, el desenvolvimiento de la sociedad y que implica, en cualquier caso, la anteposición de los intereses comunitarios a los individuales o egoístas de los socios¹⁹, es un patrón que reclama su constante aprecio a la hora de dar sentido al contrato social²⁰. En verdad, supone el traslado al fenómeno asociativo del principio general de buena fe (arts. 7.1 y 1.258 del Código civil)²¹, pero dada la naturaleza del vínculo societario (en pos siempre de un fin común) alcanza aquí especial intensidad, siendo, pues, estimado “un punto de vertebración de primer orden”²².

También hay que tomar en consideración el principio de paridad de trato entre los socios, que encuentra su base en la misma conformación del contrato social, a

al estado civil, de persona jurídica) la intención concreta de los individuos va pasando a segundo plano, respecto a lo declarado y publicado”.

18. En este sentido, QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 19-20.

19. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil cit.*, p.189; PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.327; DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 61; ALBALADEJO, *op.cit.*, p. 769.

20. Así, PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.325.

21. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil cit.*, pp. 189-190.

22. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.326.

cuyo tenor las partes –los socios– ocupan posiciones, de entrada, sustancialmente idénticas y, en defecto de otra prueba, desde ese punto de partida hay que juzgar la cuestión²³. Como indica CAPILLA RONCERO²⁴, es éste un rasgo diferente que no se presenta en prácticamente ninguna otra relación obligatoria, y esa igualdad de trato implica que, a diferencia de lo que acaece en la mayor parte de contratos, donde cada una de las partes ocupa una posición distinta, regulada por un conjunto de normas propio, las reglas legales que gobiernan el contenido de la relación social son las mismas para todos los socios, si bien con algunas matizaciones para los socios industriales.

Y, por último, la posible entrada del principio de mayoría en la adopción de acuerdos sociales y, significativamente, de acuerdos de modificación del contrato social es asimismo un punto que puede tener su influencia en el campo de la interpretación del contrato de sociedad. Mayoría y contrato no son dos términos que acostumbren a ir juntos. Sin embargo, y partiendo de la idea –constatada en el interior del ordenamiento jurídico italiano, donde los llamados contratos plurilaterales han encontrado acomodo positivo (arts. 1.420, 1.446, 1.459 y 1.466 *Codice civile*)– de que los contratos con finalidad o interés común no constituyen una categoría contractual autónoma, con su disciplina propia y distinta a la de los contratos de cambio²⁵, GALGANO propone aprovechar esta circunstancia, no para restringir la noción de contrato expulsando de él al fenómeno asociativo por sus peculiaridades, sino, antes al contrario, para expandir la idea. Y desde ese enfoque, afirma que no hay que usar el clásico axioma de la unanimidad en el contrato para excluir de él a formaciones como la asociación, la sociedad o el consorcio en las que rige el principio de mayoría, sino, a la inversa, reconocer que para determinadas figuras contractuales –que lo son y no dejan de serlo por ello– no se reclama la unanimidad²⁶.

Legislativamente hablando, la regla de la unanimidad ha sido modificada para las sociedades de base corporativa, organizadas estatutariamente. En relación con las sociedades personalistas, y concretamente, en relación con la sociedad civil y la colectiva, la cuestión que se ha suscitado gira en torno a la posibilidad de reemplazar por la vía convencional el principio de unanimidad por el de mayoría en las modificaciones del contrato. En nuestra doctrina, se ha aceptado, para la sociedad civil, la validez y eficacia de la llamada cláusula mayoritaria, por la cual la modificación del contrato social no exige necesariamente el acuerdo unánime de todos los socios,

23. GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 295, al que sigue PAZ-ARES, *Comentario.. cit.*, p.1.327. DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 61, precisa, con todo, que “este principio se refiere más a la vida de la sociedad que al momento fundacional”.

24. “Comentario...” *cit.*, p. 24.

25. GALGANO, *El negocio jurídico*, traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Al-bentosa, Valencia, 1992, p. 189 en adelante.

26. GALGANO, “Le società...” *cit.*, p. 14 y también en *El negocio jurídico cit.*, pp. 202-203.

sino que queda en manos de la decisión de la mayoría de ellos²⁷, con los límites que sean precisos²⁸.

2. La interpretación contractual en la sociedad civil

Una vez establecidas aquellas singularidades del contrato de sociedad que –me parece– pueden tener algún tipo de influjo a la hora de ponderar la posible entrada en liza de los criterios de interpretación del contrato, se trata ahora de entrar a realizar esa ponderación. Veamos pues el juego de los criterios hermenéuticos del contrato que prevé el Código civil en los arts. 1.281 a 1.289 en su conexión con la sociedad civil²⁹.

27. GIRÓN TENA, *op.cit.*, p. 282 y PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.321.

28. El propio PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, pp. 1.321-1.322 cita dos límites generales, sin perjuicio de otros más concretos, derivados de los principios de determinación y de igualdad. La aplicación del primer principio conllevaría que, como regla general, la cláusula mayoritaria no comprenda los casos más graves de modificación del contrato, excepción hecha que fueran específicamente previstos en dicha cláusula. Y la operatividad del segundo implica que la mayoría no puede variar de manera desigual la posición de los socios según ha quedado configurada en el contrato originario. De todos modos, con posterioridad, varía parcialmente su posición en el sentido de fijar el límite en lo que se denomina “control de fondo o de legitimidad”. Y es que el citado autor en URÍA, MENÉNDEZ *et alii*, *Curso de Derecho mercantil I*, Madrid, 1999, p. 481, defiende, con variación de su anterior tesis, que “la inserción en el contrato de una cláusula mayoritaria de alcance general sólo puede ser entendida en el sentido de que ampara cualquier modificación del contrato, sea esencial o no esencial”, y aunque ello pudiera dañar las expectativas del socio, “la forma de protegerlo no es inventando un principio de determinación, sino sometiendo a control de fondo –a control de legitimidad– las modificaciones adoptadas por la mayoría”. Este control puede organizarse a partir de estos dos expedientes: el respeto al deber de fidelidad, que impedirá aquellas modificaciones que supongan un atentado al interés comunitario, y la doctrina de la intangibilidad de los derechos individuales básicos del socio, que conlleva que cualquier modificación que pueda afectar a los derechos y obligaciones individuales del socio constituyentes del núcleo esencial de su posición sólo puede adoptarse con su aquiescencia. Y así “podemos impedir que la mayoría altere prerrogativas básicas del socio (por ejemplo, el derecho al voto, el derecho al beneficio, el derecho a la cuota de liquidación o el derecho de administrar) o le imponga nuevas obligaciones no previstas en el contrato (por ejemplo, la obligación de realizar aportaciones suplementarias o la obligación de no competencia)”.

29. CAPPODANO, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 2006, pp. 25-26, nota 30, pone de relieve cómo jurisprudencia y doctrina en Italia advierten que el problema se halla en decidir si las reglas legales interpretativas son todas ellas indiferentemente utilizables o si, por el contrario, el intérprete debe proceder a una cuidadosa selección de los criterios que se pueden emplear en consideración a las peculiaridades del texto al que debe adscribirse un significado. Y es que –se afirma– no puede olvidarse que el acto constitutivo de una sociedad y el mismo estatuto, aunque realmente están comprendidos en el área de la autonomía

Para ello, es conveniente discernir entre las relaciones *ad intra*, es decir, entre los socios o, mejor, entre los socios y la sociedad en el ámbito jurídico-social, y las relaciones *ad extra*, las de la sociedad con terceros, que, como entidad subjetiva, está llamada a mantener³⁰.

2.1. En las relaciones *ad intra*: problemas de interpretación en el interior de la sociedad

Como ya he indicado, no parece haber obstáculo en doctrina y jurisprudencia en reconocer que las cuestiones de interpretación en la sociedad deben llevarse al terreno del Código civil (arts. 1.281 a 1.289)³¹. En las sociedades personalistas o de estructura contractual, de las que es paradigma la sociedad civil, no se plantea la situación que la doctrina mercantilista ha detectado en las sociedades de estructura corporativa (básicamente las sociedades de capital), en las que la vertiente institucional u organizativa ha desplazado de tal modo a la vertiente obligatoria o contractual, que ésta ha quedado relegada prácticamente a los pactos referentes al acto constitutivo, creador de la sociedad (que, por su naturaleza, agotan sus efectos una vez culminada la fase genética) y a los denominados pactos parasociales³². El resto de cláusulas o pactos serán de carácter estatutario-corporativo, siendo así que los estatutos, en las sociedades de capital, constituyen una fuente de regulación que por hipótesis y sustancia está enderezada a terceras personas ajenas a los contratantes iniciales.

Dada la base esencialmente personalista y básicamente cerrada de la sociedad civil (art. 1.696 CC), a todas luces no se reproduce aquí el panorama que acabamos de describir para las sociedades capitalistas. En el caso de la sociedad civil, sí cabe ha-

privada, presentan características particulares, que los diferencian netamente de los contratos de cambio en relación a los cuales la mayor parte de los principios condensados en las normas contenidas en el *Codice* ha sido elaborada.

30. Evidentemente, en ese caso, se parte de lo que la doctrina más moderna considera el tipo legal de sociedad civil, esto es, la sociedad externa o personificada. Ver, por todos, PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.360 y QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p.19. Al fin y al cabo, la sociedad interna –nos recuerda PAZ-ARES, *Curso de Derecho mercantil cit.*, p. 451– es aquélla que únicamente genera un vínculo obligatorio, y en que los efectos organizativos han quedado excluidos, ya que se constituye como mera relación obligatoria y no como sujeto de derecho (como sí lo es la sociedad externa o personificada).

31. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1325.

32. En esta orientación se pronuncian GARRIDO CHAMORRO, “La fundación de la sociedad de responsabilidad limitada” en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, pp. 334-335 y p.343 y ARROYO-EMBID, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, pp. 107-108. Mantiene el primero de los autores que “en las sociedades de capital se produce un claro predominio de los aspectos corporativos o institucionales, que hace que los aspectos contractuales queden en un segundo plano, y que prácticamente pierdan toda su relevancia desde el mismo momento del nacimiento del ente social”.

blar de un contenido fundamentalmente obligatorio: de relaciones entre los socios y entre los socios y la sociedad en virtud del contrato de sociedad civil, que, por definición (y en este punto se acerca a los otros contratos), está llamado a desenvolverse su eficacia entre las mismas partes que lo celebraron y le dieron origen. De este modo, las estipulaciones contenidas en el contrato social (sean puramente obligatorias –aportaciones, por ejemplo– o de índole organizativa o “estatutaria”) van a desplegar sus efectos naturalmente entre los socios originalmente contratantes. Y esto es hasta el punto que el cambio subjetivo en la posición de socio sólo puede hacerse de modo excepcional, *inter vivos*, a través de un contrato de admisión entre el entrante y los demás socios, y *mortis causa*, únicamente si así se ha previsto en el contrato social (art. 1.704)³³.

Desde esta perspectiva, puede entenderse por qué puede encajar aquí el canon hermenéutico subjetivo, es decir, aquél que se encauza primordialmente a indagar la voluntad real de las partes, que es el método de interpretación continental por excelencia³⁴ y aquél al que se ajusta nuestro sistema de hermenéutica contractual³⁵.

33. DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pp. 26-29 y QUESADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 32.

34. SERRANO FERNÁNDEZ, *Estudio comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, 2005, pp. 22 y 23, traza las líneas fundamentales de la concepción del contrato en el Derecho europeo continental y en el Derecho anglosajón y del consecuente modelo de interpretación que se aplica en uno y otro sistema. Así, destaca esta autora cómo, en el primero, se concibe al contrato como obra del consentimiento, y ello comporta que “el intérprete deba averiguar, con todos los medios a su alcance, esa común intención de las partes, o lo que es lo mismo, dirigir su actividad hacia una interpretación subjetiva”. A su vez, determina que en la indagación de esa voluntad tal como fue querida, la tarea de interpretación no se vea necesariamente circunscrita al texto escrito, sino que, por el contrario, ha de extenderse a otros elementos externos al contrato en sí, y ello aun en el caso de términos aparentemente claros. Queda también manifiesta así la importancia que las normas de interpretación subjetiva tienen en la tradición jurídica del *civil law*, hasta el punto que, por regla general, se encuentran expresamente codificadas. Naturalmente, el principio subjetivista se ve modulado por la contemplación de otros que no tienen su base en la voluntad de las partes, sino en el principio de buena fe: el de la confianza y el de la autorresponsabilidad. En cambio, en el modelo anglosajón, el núcleo esencial del contrato radica no tanto en el encuentro de voluntades como en “el resultado de esa promesa que queda garantizada”. Por tanto, la labor del intérprete no ha de ir dirigida a indagar la voluntad real de las partes, sino “fundamentalmente hechos exteriores a la declaración”. De ahí que la fórmula del *common law* pase por “una interpretación de carácter objetivo basada en el parámetro del *reasonable man*”. Asimismo, todo ello supone que el texto escrito sea el único material interpretativo, de manera que el intérprete no va a tomar en consideración ningún elemento extrínseco al mismo (tales como otros acuerdos o el comportamiento de las partes).

35. LÓPEZ LÓPEZ, “Comentario a los arts. 1.281 a 1.289” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 2º, Madrid, 1995, pp. 3-4. Ésa es también la idea de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Interpretación, calificación e integración del contrato” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo*, Tomo

Al fin y a la postre, en nuestro ordenamiento jurídico, interpretar un contrato es discernir y aclarar, en caso de duda, "cuál sea la virtualidad (valor jurídico) de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes"³⁶.

De todos modos, y aún admitiendo que sea el medio apropiado para dotar de sentido a las cláusulas del contrato social, lo cierto es que la aplicación de las distintas reglas interpretativas contenidas en los arts. 1.281 a 1.289, dada la especial naturaleza de la sociedad como contrato, presenta ciertas particularidades que conviene señalar, siendo éste el objetivo primordial de este estudio.

2.1.1. La búsqueda de la intención común de las partes: el art. 1.281 del CC en la sociedad civil

Como hemos indicado anteriormente, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de cambio, en los asociativos, la existencia de un objetivo común al que, por definición, aspiran todos los socios contratantes modula en buena medida aquella situación de la que parte la doctrina al abordar el análisis del art. 1.281 CC. Así, por ejemplo, se ha mantenido que en la interpretación de un contrato es preciso recordar que "hay dos voluntades diferentes, pretendiendo cada parte que la composición de intereses establecida sea la más favorable para ella, de modo que el contrato señala la frontera común de ambas voluntades egoístas"³⁷. En este ángulo, se presupone que esa intención común que debe indagarse al calor del art. 1.281 y del planteamiento voluntarista que en materia de interpretación de contratos sustenta el CC implica el punto de encuentro de dos voliciones divergentes y contrapuestas en sus intereses.

No obstante, un contrato asociativo reclama, como ya antes se ha puesto debidamente de relieve, la presencia de una comunidad de fin, y, en consecuencia, la hipótesis de partida en ese sondeo de la intención común debe variar: si a lo que aspiran las partes no es sólo a encontrarse en un punto intermedio de dos caminos que se atraviesan en direcciones opuestas, sino, sobre todo, a recorrer juntos la senda que les lleva hacia una misma meta (aunque en el recorrido cada uno siga buscando, también y además, su interés particular), resulta claro que la pista fundamental en la tarea

II, Madrid, 2003, p. 1.651, para quién la tarea de interpretación consiste en la indagación de la voluntad, real o hipotética, en algunos casos, pero siempre indagación de voluntad, de manera que "la actividad que consiste en la asignación de un sentido a una cláusula atendiendo a criterios objetivos (por ejemplo, atribuir a una concreta cláusula contractual el sentido X porque ése es el que le da el uso del lugar o porque beneficia al adherente)" no es, a su juicio, "una actividad interpretativa (si utilizamos los vocablos con arreglo a su significado propio), sino integradora".

36. LACRUZ-RIVERO, *Elementos de Derecho Civil* II-1º, 2ª edición en Dykinson, Madrid, 2000, p. 497.

37. LACRUZ-RIVERO, *Elementos... II-1º cit.*, p. 501.

de exploración de la intención común la va a dar esa meta última: el fin común vertebrador de la relación asociativa entre todos los que han decidido trazarla entre sí.

Por tanto, a la hora de establecer el significado de una cláusula contractual a la luz de la norma de interpretación subjetiva que se contiene en el art. 1.281 CC, el intérprete debe realizar su labor hermenéutica desde la atalaya que le proporciona el fin común para luego, en su caso, descender a la intención concreta que, en el marco de esa comunidad de fin, se destile de una cláusula específica.

Por otro lado, la posible existencia de más de dos partes también rompe seguramente el esquema del art. 1.281 CC y puede provocar alguna que otra disfunción. Así, por lo común, la discrepancia que da lugar a la necesidad de acudir a las reglas de hermenéutica contractual se resolverá en la alternativa entre dos posibles interpretaciones, cada una de las cuales defendida por cada una de las dos partes del contrato. Pero en la sociedad civil, las partes como centros de imputación de intereses pueden ser bastantes más de dos (aunque no sea nada habitual un gran número de socios, en teoría nada lo impide) y por tanto, las discrepancias pueden darse a distintos niveles.

En cualquier caso, y se ha dejado para el final la cuestión quizá más compleja—, cabría aquí preguntarse si el significado atribuido a la locución “intención de los contratantes” es el mismo en el contrato de sociedad civil que en el contrato de, póngase por ejemplo, compraventa.

Por lo general, se afirma que el punto de relevancia hermenéutica viene constituido por la comunidad de intención, de modo que no cabe el examen por separado de la intención de los contratantes, con escisión artificial y artificiosa de las intenciones individuales de uno y otro³⁸. Desde esta perspectiva —se sigue diciendo— puede hablarse de una cierta objetivación “en el sentido de que la común intención de las partes se debe deducir del significado que cada uno de los contratantes da a la declaración del otro, en función de los cánones de corrección, responsabilidad y protección de la confianza que deben inspirar sus relaciones, de acuerdo con el principio de buena fe”³⁹.

En el contrato de sociedad civil, la intención compartida por los contratantes ha pasado por dar vida a un nuevo sujeto de derecho con propia voluntad e interés. De ahí que deba considerarse que, por encima y más allá de la intención que en común puedan haber tenido los socios contratantes a la hora de establecer el contrato social y todas y cada una de las cláusulas del mismo, habrá que tener en cuenta la existencia de la sociedad como sujeto de derecho con su voluntad propia y su específico interés (el interés social).

38. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p.40. Como afirma DE CASTRO, *op.cit.*, p. 79, “en los negocios con varios declarantes que constituyan una parte (p.e., condóminos que donan o venden) o sean bilaterales o plurilaterales, se habrá de atender a la declaración negocial, a la resultante del común consentimiento sobre el objeto y la causa (art. 1.262); las declaraciones individuales quedan así reducidas a datos para conocer la declaración”.

39. LÓPEZ LÓPEZ, *ibídem*.

Y habrá que preguntarse entonces si en la sociedad civil la “intención de los contratantes”, esa intención común de la que habla la doctrina, no deberá ser buscada, no tanto en los puntos de coincidencia de todas las voluntades (las de los socios) que han contribuido a crear el contrato y, por ende, la organización subjetiva, sino en esa voluntad, por así decirlo, supraindividual que ha pasado a ser la voluntad de la sociedad.

Y a eso con toda probabilidad se refería PAZ-ARES cuando puso de manifiesto que el dato de la presencia de un nuevo ente que se desenvuelve “creando su vida y sus propios valores” provoca que aquella voluntad primera de los socios fundadores que no quedó expresada con suficiente fuerza en el contrato social se vaya difuminando con el transcurso del tiempo⁴⁰.

2.1.2. La actividad ejecutiva de la sociedad y su incidencia en la interpretación del contrato social: el artículo 1.282 del Código civil

Una vez establecida la regla general que sitúa a la “común intención de los contratantes” en el epicentro de la labor de interpretación, superando, en su caso, la letra del contrato, el artículo 1.282 del Código civil facilita a los intérpretes instrumentos para esa superación al ordenar atender principalmente a la conducta de las partes en relación con lo acordado en el contrato (actos de los contratantes coetáneos y posteriores)⁴¹. Según LÓPEZ LÓPEZ, el término principalmente implica, entre otras consecuencias, “que los actos de los contratantes se preordenan jerárquicamente a la escritura donde constan las cláusulas del contrato; a la hora de averiguar la común intención de los interesados, su conducta significativa en orden a lo querido tiene una especial importancia”⁴². Y es que, como bien pone de manifiesto DIEZ-PICAZO⁴³, en esos casos puede afirmarse que estamos ante un “comportamiento interpretativo”, que se acerca a una interpretación auténtica, “pues puede considerarse que se trata de un negocio interpretativo realizado a través de declaraciones de voluntad tácitas”.

De entre los actos a tener en cuenta, destacan los actos ejecutivos de lo pactado, que son, para LÓPEZ LÓPEZ⁴⁴, los más importantes por esa relación directa. La conducta de las partes del contrato es trascendente en cuanto de ella pueda deducirse su voluntad y parecer sobre el sentido y valor de los datos textuales, pero únicamente si es conjunto, es decir, compartido por ambas y no el comportamiento unilateral de una de ellas que por sí solo no es apto para poner en evidencia el contenido de un

40. *Comentario... cit.*, p. 1.325.

41. JORDANO BAREA, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 511.

42. LÓPEZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 41.

43. *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, I, 6ª edición (3ª en Civitas), Madrid, 2007, pp. 504-505.

44. *Op. cit.*, p. 42.

propósito común⁴⁵. No obstante ello, el comportamiento de una parte acogido sin disenso por la otra se resuelve en la expresión de una voluntad sincrónica y así en un elemento de juicio merecedor de la mayor atención por el intérprete⁴⁶.

En este prisma, y desde la sociedad civil cobra particular relieve un dato: la existencia dilatada en el tiempo de constantes actos de ejecución de lo pactado a través de la actividad de la sociedad, que adquieren de este modo un relieve singular al calor de lo dispuesto en el art. 1.282 CC.

Como he destacado antes, la sociedad como contrato de organización da lugar al nacimiento de un nuevo ente que desarrolla “su vida y sus propios valores” en una constante formación de su voluntad a través de la actividad que despliega. Y ése es un factor que –ya hemos comprobado– no cabe desdeñar a la hora de interpretar el contrato social.

Dentro de la actividad social, se suele distinguir entre actividad de gestión o administración y actividad normativa⁴⁷. En este caso, he preferido hablar de actividad ejecutiva, dado que a los efectos que aquí interesan, se pretende recoger toda la actividad que implica ejecución de lo establecido en el contrato, sea a través de actividad gestora o de administración (esto es, toda aquella actividad, jurídica o fáctica, encaminada a la consecución del fin social⁴⁸) o sea a través de la actividad no gestora intrasocietaria (esto es, fundamentalmente la realizada en el marco de las relaciones de los socios entre sí o de los socios frente a la sociedad en el ámbito del ejercicio de sus derechos individuales⁴⁹). En cualquier caso, quede claro que ahora nos limitamos a los actos de simple ejecución, que pueden dar un sentido determinado a una cláusula contractual (la conducta significativa de las partes *ex art.* 1.282 CC).

En el contexto de la sociedad civil, cabe preguntarse quién desempeña la actividad ejecutiva. Como dice PAZ-ARES⁵⁰ (aunque lo refiere a la gestión y administración), dado que la entidad social no es capaz de actuar por sí sola, es preciso que los socios lo hagan por ella. Y es que en las sociedades de estructura primaria (como lo es la sociedad civil), la actividad social se lleva a cabo por los socios en el mero ejercicio de sus derechos y deberes sociales⁵¹. Efectivamente, en la sociedad civil, las personas

45. CAPODANNO, *op. cit.*, p. 88. En el seno de la doctrina española se pronuncia en idéntica dirección DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 505.

46. Sobre el valor atribuible al acto unilateral ejecutado con aquiescencia de la otra parte, puede consultarse a CAPODANNO, *op. cit.*, pp. 89-90 y 124-128.

47. GIRÓN TENA, *op.cit.*, p. 300.

48. GIRÓN TENA, *ibídem* y PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.448.

49. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.449.

50. *Comentario... cit.*, p. 1.448.

51. GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 302.

natural y, para la mayoría de la doctrina, esencialmente (en el sentido de únicos) llamadas a desempeñar ese papel son los socios⁵².

A partir de este punto de arranque, se hace preciso distinguir la actuación de los socios en cuanto administradores o gestores ("la gestión continua y asidua del objeto social"⁵³ ex arts. 1.692 y 1.695 CC) de la actividad social desarrollada por el conjunto de los miembros de la entidad, a través de los acuerdos sociales (así, por ejemplo, en lo que GIRÓN TENA identificó como el derecho genérico a administrar del socio –en el sentido de participar en las decisiones que marquen el rumbo de la vida social–, consustancial a la cualidad de socio y anterior a su posible intervención en la gestión directa⁵⁴).

En el contexto de la gerencia llevada a cabo por los socios administradores (sea la administración privativa o constitucional ex art. 1.692.1º CC, no privativa o funcional ex art. 1.692.2º CC o legal ex art. 1.695 CC), todos aquellos actos de gestión realizados por dichos socios gestores que impliquen ejecución de lo acordado pueden ser invocados a los efectos del 1.282 CC como actos de los contratantes. Es actividad de la sociedad, a través de sus "órganos". Y, por tanto, vincula a todos los socios, quienes, en caso de desacuerdo en la forma de ejecución (por entender que, a su juicio, se estaba contraviniendo aquello que estaba acordado), debieron haber actuado en consecuencia⁵⁵.

Por lo que hace a la actuación del conjunto de los socios (tanto en materia de gestión social como en materia de relaciones intrasocietarias –por ejemplo, aprobación de los balances y consiguiente distribución de pérdidas y ganancias–), resulta que incluso en las sociedades de esquema primario, como la civil, hay que recurrir a la conformación de la voluntad social a través de acuerdos sociales constituidos me-

52. Ésta es la hipótesis de trabajo de la que se parte en texto, aunque el organicismo de terceros en sociedades personalistas ha empezado a ser admitido por la doctrina española: así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, pp. 407-408 y PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, pp. 1.453-1.454.

53. En palabras de GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 431.

54. *Op. cit.*, p. 431. En la p. 432 pone de relieve que "un derecho a codecidir se deriva del concepto de sociedad".

55. Así, en el caso de administración privativa o constitucional, siempre queda en manos de los socios no gestores la posibilidad de revocar el nombramiento por causa legítima o de oponerse a la actuación del socio o socios administradores por su actuación de mala fe. Más fácil es en el caso de administración no privativa, en que la revocación y, por tanto, también la oposición, es libre, aunque si no existe causa legítima será necesaria la unanimidad entre el resto de socios o, para algunos, la mayoría. Y, por último en caso de administración legal, cualquiera de los socios (que es también, por tal condición, administrador de la sociedad) puede oponerse a la actuación de los otros y en último extremo en caso de administración infiel podría ser revocado. Sobre este particular, puede verse a CAPILLA RONCERO, "Comentario..." *cit.*, pp. 432 y ss. y PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, pp. 1.459-1.463 y 1.466-1.467.

diante los votos. El acuerdo ya adoptado (en la forma que sea precisa) se nos presenta como un acto jurídico unitario imputable a la sociedad o de la sociedad⁵⁶

Naturalmente, si el acuerdo se adoptó con respeto al principio general de unanimidad, no se suscita problema alguno. Es evidente que es acto de la sociedad (eso, en cualquier caso), pero además en este supuesto la voluntad de la sociedad expresada en ese acuerdo concuerda con la voluntad de todos y cada uno de los socios que la integran, con lo que su invocación, si procede, como acto posterior de los contratantes al amparo del art. 1.282 CC no ofrece resquicio alguno para la incertidumbre.

Las dudas pueden aparecer si el acuerdo se concluyó válidamente a través de la fórmula mayoritaria (en último extremo, introducida contractualmente⁵⁷). ¿Qué ocurre si es un acto de ejecución adoptado en base a la mayoría con respecto a la minoría? Sigue siendo un acto imputable a la sociedad. En su caso, respecto a los socios disidentes, ¿es también un acto de los contratantes *ex art.* 1.282 CC? Es decir, ¿se les puede oponer el 1.282 a los socios disidentes en caso de controversia acerca del sentido de una cláusula del contrato?

En mi opinión, en este caso, habría que distinguir:

1. Si la disidencia se fundamenta en la distinta inteligencia de esa cláusula controvertida, no puede considerarse acto suyo el acuerdo adoptado legítimamente pero con su oposición precisamente por la discrepancia en torno al sentido de la cláusula.
2. Si la disidencia se motivó en otras razones, pero sin llegar a cuestionar, en aquel momento, el sentido ahora debatido de la estipulación contractual, sí se les puede oponer como acto *ex art.* 1.282 CC. Y es que, por lo dicho antes, lo que cuenta en el contrato de sociedad es la aparición de un nuevo ente, y a estos efectos, un acto de la sociedad es un acto de los contratantes.

2.1.3. La actividad normativa de la sociedad y su conexión con el art. 1285 CC

La actividad social no se agota en lo que se ha denominado actividad ejecutiva. También puede proyectarse en lo que la doctrina identifica como actividad normativa del contrato social: aquella que incide en la estructura o configuración jurídica de la sociedad (fundación, modificaciones del contrato social, ingreso o salida de socios, fusión, transformación, disolución, etc.)⁵⁸. De entre todas las medidas que

56. GIRÓN TENA, *op.cit.*, p. 311.

57. En la doctrina se acepta sin mayores problemas cuando se trata de actos de gestión social: ver por todos GIRÓN TENA, *op.cit.*, p. 280 y con detalles, pp. 444-445, para la sociedad colectiva, pero exportable a la civil.

58. GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 300 y PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.449

encuentran cabida bajo esta etiqueta, únicamente nos vamos a detener en aquéllas que implican modificación del contrato social.

En sede de sociedad civil, como ya se ha advertido con anterioridad, el principio básico es, de entrada, el que se deriva de la aplicación de la doctrina general en contratos: el de intangibilidad del contrato. En consecuencia, cualquier modificación del contenido del contrato social requiere, por principio, del consentimiento unánime de todas las partes (los socios). De ello se deriva que si el legislador no ha previsto la modificabilidad por vía mayoritaria, la regla es adversa a ella⁵⁹. Sin embargo, como bien pone de manifiesto GIRÓN TENA⁶⁰, las relaciones sociales están sometidas a un continuado desenvolvimiento, cambio y adaptación. Por ello, en muchos tipos de sociedad por medio de acuerdos mayoritarios es posible la adecuación del clausulado inicialmente convenido a las nuevas situaciones que se presentan. En esa línea se ha abogado por la licitud de un pacto en el contrato originario en el que se acuerde un régimen de mayorías⁶¹. Dejando el tema de los límites aparte (excediendo este asunto del objeto de este estudio), la admisión de la cláusula mayoritaria en la modificabilidad del contrato social introduce algunas variantes que es preciso no desatender.

En línea de principio, la primera cuestión a abordar en este apartado es la virtualidad u operatividad de los acuerdos-regla o de modificación del contrato social en relación con la previsión del art. 1.285 del Código civil.

En conexión con este último precepto, se ha afirmado que la regla legal determina una conexión hermenéutica entre las cláusulas del contrato⁶². Se introduce a través de esta norma el elemento sistemático en la interpretación de los contratos, el apellidado canon hermenéutico de la totalidad, que impone al intérprete la obligación de tomar en consideración no la sola cláusula separada del resto, sino todo el contrato en su conjunto “desde su exposición o antecedentes hasta sus cláusulas adicionales y finales”⁶³.

Así las cosas, el interrogante que aparece es el siguiente: ¿Las reglas contractuales posteriores han de tenerse en cuenta a los efectos del canon hermenéutico de la totalidad? Siendo la respuesta positiva, como parece que debe (otra solución podría llevar a desenlaces absurdos, a una interpretación que ninguna de las partes involucradas en el proceso interpretativo quiere ya), es posible e incluso probable que el resultado de la labor de interpretación difiera, incluso de manera sustancial, res-

59. GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 587.

60. *Op. cit.*, p. 271.

61. Advierte GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 282 y p. 587 que, si cabe elegir un tipo capitalista de sociedad –S.A. o S.R.L.–, lo que comporta régimen corporativo y modificabilidad por vía mayoritaria del estatuto social, debe admitirse la validez de igual voluntad referida a un tipo personalista si no hay objeción técnica, lo que tampoco se observa.

62. CAPODANNO, *op. cit.*, p. 140.

63. JORDANO BAREA, *op. cit.*, p. 515.

pecto a la interpretación que hubiera podido darse con relación al tenor original del contrato. Ello es una derivación más (y distinta de otros contratos) del carácter vital y orgánico de la sociedad que posibilita y, al mismo tiempo, provoca que la relación contractual pueda ir evolucionando, siendo esa evolución un efecto natural de la propia actividad vital que está llamada a desempeñar la sociedad.

La segunda cuestión se plantea en torno al problema de los acuerdos de modificación válidamente adoptados con base en un régimen de mayoría contractualmente establecido. Un problema similar ha sido ya abordado con ocasión del análisis de la relación entre la actividad ejecutiva de los socios y el art. 1.282 CC. Sin embargo, la cuestión actual presenta algunas variables que conviene examinar.

En primer lugar, un acuerdo de modificación del contrato social no es exactamente un acto imputable a la sociedad: no forma parte del fin social ni de las relaciones entre socios y sociedad. Como bien advierte GIRÓN TENA⁶⁴, en este supuesto la sociedad no es el sujeto de la actividad sino objeto de las medidas a adoptar.

En segundo lugar, la posición del socio o socios discrepante es algo distinta al caso de actos ejecutivos de lo pactado: la discrepancia, aquí, sólo puede referirse a la modificación en sí. No obstante, una vez acordada legítimamente, por el propio juego del principio de mayorías compromete y sujeta al conjunto de los socios y a la propia sociedad. En consecuencia, la minoría no va a poder impedir que se tenga en cuenta la cláusula por ella rechazada en la interpretación sistemática del contrato social por la vía del art. 1.285 CC, porque ha pasado a formar parte del conjunto del contrato.

2.2. En las relaciones *ad extra*: interpretación contractual y terceros

Hasta ahora no nos hemos movido de la perspectiva de la sociedad civil como contrato, pero es también una entidad que ingresa en el mercado y en él actúa frente a terceros⁶⁵. En esta vertiente, la problemática específica que suscita la sociedad civil frente a otro tipo de sociedades más sofisticadas deriva de la falta de publicidad institucional de los pactos contractuales que la rigen. De entrada, atendido el carácter cerrado con que el legislador ha diseñado a las sociedades personalistas, estos pactos están destinados a producir efectos entre los sujetos que les dieron vida, pero, considerada también su faceta de organización social dirigida a insertarse en ese entramado o tejido de relaciones jurídicas que es el mercado, es evidente que, como tal ente social, va a entrar en contacto con terceros, y entonces cabrá pregun-

64. *Op. cit.*, p. 301.

65. QUESADA SÁNCHEZ, *op.cit.*, p. 73, nos indica que "como contrato, se encuentra bajo la órbita del artículo 1.257 CC, y los terceros a ella no tienen por qué conocer, en principio, esos pactos que regularán una relación contractual a la que son ajenos. Pero, por otra parte, la sociedad también suele ser un ente que tiene contacto con terceros...".

tarse hasta qué punto pueden tener efectos los pactos sociales que gobiernan la sociedad frente a esos terceros que han entrado en contacto jurídico con ella.

La doctrina especializada⁶⁶ ha recurrido a los conceptos de invocabilidad o utilizabilidad y de oponibilidad para trazar el cuadro de la eficacia frente a terceros del vínculo social. Con todo, se hace preciso clarificar que lo que aquí interesa no es tanto la invocabilidad u oponibilidad de la existencia de la sociedad como sujeto de derecho, sino de los concretos pactos sociales.

En cuanto a la utilizabilidad, la regla general será que todo tercero que trabee relación con la sociedad, contractual o extracontractualmente, podrá servirse de los pactos que conociera en cuanto le sean útiles⁶⁷. Así, si un acreedor social pretende reclamar de uno de los socios el pago total de la deuda, sólo tendrá que acreditar que existe una cláusula en el contrato social que prevé la responsabilidad solidaria de los socios, aunque en el momento de contratar la desconociera. En este caso la eficacia ante terceros de los pactos societarios depende de su realidad, es decir, de su efectiva existencia⁶⁸.

La otra vertiente del asunto viene compuesta por el tema de la oponibilidad frente a terceros de los pactos sociales. En esta perspectiva, un tratamiento adecuado de la cuestión requiere distinguir entre los terceros que se hallan vinculados con la sociedad por un compromiso contractual de aquéllos que no lo están⁶⁹.

Cuando no hay previo vínculo obligacional entre el tercero que entra en contacto con la sociedad y ésta última (acreedor particular de un socio, acreedor extracontractual de la sociedad), parte de la doctrina sostiene que el juego de la oponibilidad se resuelve en clave parecida a la empleada en sede de utilizabilidad, esto es, se liga básicamente a la propia realidad jurídica, esto es, al contrato social⁷⁰. Para otra corriente doctrinal, la solución se desplaza y pasa por derroteros distintos, porque, en este caso, para su efectiva oposición al tercero, la entidad social deberá acreditar de forma inequívoca el conocimiento de los pactos sociales por el tercero en el momento en que ejerció su derecho⁷¹.

66. CAPILLA, *La sociedad civil cit.*, p. 290; PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, pp. 1.362 y ss., TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Valencia, 2003, pp. 79-88 y QUE-SADA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 72-75.

67. TORRES PEREA, *op. cit.*, p. 86.

68. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.363. Y es que como se ha afirmado atinadamente, la utilizabilidad se resuelve no tanto en clave de publicidad como de prueba (DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 531).

69. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.363 y TORRES PEREA, *op. cit.*, pp. 87-88.

70. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.363.

71. TORRES PEREA, *op. cit.*, p. 88.

Si el tercero en cuestión mantiene un vínculo contractual con el ente social, básicamente lo que se sostiene por los autores es que, en este caso, la oponibilidad depende no tanto de la realidad jurídica sino más bien de la apariencia, esto es, lo que hayan podido conocer esos terceros, y ello tanto si coincide con la situación real o sólo con la situación legal, la tipificada por el ordenamiento jurídico. En consecuencia con ello, la sociedad que quiera oponer un pacto social deberá demostrar el conocimiento del mismo por este tercero en el momento de contratar. Y es que las distintas cláusulas del contrato social sólo pueden ser opuestas si gozan de publicidad registral (sociedades civiles profesionales en virtud de lo dispuesto en la Ley de 15 de marzo de 2007) o de publicidad real. En otro caso, sólo se podrá oponer si no se modifica la situación legal. Así, el pacto por el que se limita la responsabilidad de un socio (si se llegara a admitir) o el pacto por el que se establece la representación conjunta de todos los socios sólo podrá ser hecho valer frente al tercero si éste lo conoció.

La razón descansa en la tutela de la apariencia, que aquí reposa no en la manifestación errónea en la que ha creído el tercero, sino en la falta de manifestación que, lógicamente, lleva al tercero a confiar en que la estructuración y el régimen de la sociedad es el "estandarizado" por la vía legal, el que dispone el Derecho dispositivo. Por tanto, los pactos societarios podrán ser opuestos a terceros contractuales si éstos los conocían ya (y no son, en consecuencia, de buena fe) o si no implican una variación perjudicial para estos terceros del régimen legalmente establecido como supletorio⁷².

Pues bien, reconociendo con la doctrina más autorizada que el juego de los conceptos de utilizabilidad y oponibilidad es el que da el tono de la eficacia del vínculo social frente a terceros ajenos al mismo, se trata ahora de saber si ante estos terceros cabe utilizar los mismos criterios de interpretación de las cláusulas sociales en el caso que quieran ser usadas por éstos u opuestas a ellos.

En el ámbito de las sociedades mercantiles y específicamente las capitalistas (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), la doctrina ha hecho hincapié en la dificultad para determinar los criterios válidos en la interpretación de los estatutos, dado –se dice– su doble carácter, origen negocial y efectos de heteronomía. Poniendo el acento en uno u otro rasgo, se ha defendido tanto la aplicación de las normas de interpretación de los contratos⁷³ como la de las reglas de interpretación de las leyes⁷⁴. En la actualidad, las propuestas que parecen estar obteniendo mayor éxito entre los mercantilistas son aquéllas que apuestan por una visión más ecléctica. En general, se entiende que no hay que salir del terreno de la hermenéutica contractual, atendido el origen negocial de los estatutos. Ahora bien, tratándose de reglas que por vocación están destinadas a ser aplicadas a sujetos distintos a aquéllos que

72. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, pp. 1.363-1.364. En sentido parecido, TORRES PEREA, *op. cit.*, p. 87.

73. GARRIGUES, *Comentario a la Ley de Sociedades anónimas*, tomo I, 3ª edición, Madrid, 1976, p. 236.

74. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p.99.

las establecieron, se propugna el recurso a criterios objetivos de interpretación, especialmente adecuados para aquellas cláusulas estatutarias que tengan importancia para la generalidad. En todo caso, no cabría recurrir a criterios diferentes según la cuestión afectara exclusivamente a los fundadores o también a terceros⁷⁵.

Los razonamientos vertidos en torno a las pautas de interpretación apropiadas para las normas estatutarias no son enteramente exportables al campo de la sociedad civil⁷⁶, dado que las premisas no son las mismas. Así la postulación de cánones objetivos en la interpretación de los estatutos se fundamenta en el siguiente razonamiento: si las reglas establecidas en la escritura fundacional están destinadas a tener efectos frente a personas ajenas a su redacción y establecimiento, el principio de seguridad jurídica reclama que la interpretación de esas reglas convencionales se ajuste al sentido usual, al que éstas tengan normalmente en el tráfico, evitando que las partes que celebraron el negocio fundacional impongan otro significado alcanzado a través de datos o elementos que sólo ellos no ignoran. De otro lado, el propio carácter de esa manifestación de voluntad exige ese entendimiento puramente objetivo, dado que si está encauzado al exterior lo lógico es pensar que la intención de los otorgantes fue la de realizarla en términos comprensibles en el tráfico y no sólo para ellos⁷⁷.

Por tanto, la base de esta argumentación no es sencilla, sino doble: de un lado, la protección de la apariencia en la que han confiado los terceros de buena fe, que, como regla y salvo que se les ofrezca otros elementos de interpretación, otorgarán a los términos de los estatutos sociales el sentido habitual en el tráfico, y de otro, la misma naturaleza de los pactos del estatuto social, que, en cualquier caso, han sido creados bajo la perspectiva de su aplicación a terceras personas, y no sólo a las que firmaron el contrato. Esto es, puesto que por su propio carácter, las reglas estatutarias se destinan a terceras personas ajenas a las mismas, cabe pensar racionalmente que las partes habrán querido dar a sus estipulaciones un sentido objetivo y general. Este último motivo tiene la ventaja frente al otro (argumento de la buena fe y seguridad del tráfico) que puede ser esgrimido tanto por los terceros como por los propios contratantes⁷⁸.

De todos modos, estas digresiones sí nos aportan algunas y útiles reflexiones en torno al juego de los criterios de interpretación que han de entrar en liza cuando la controversia en torno al significado de una cláusula contractual se ha originado entre la sociedad y un tercero.

75. DUQUE DOMÍNGUEZ, "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas" en *Derecho de Sociedades Anónimas, I, La fundación*, Madrid, 1991, pp. 80 y ss. y GARRIDO CHAMORRO, *loc. et op. cit.*, pp. 351 y ss.

76. PAZ-ARES, *Comentario... cit.*, p. 1.325.

77. GARRIDO CHAMORRO, *loc. et op. cit.*, p. 350.

78. GARRIDO CHAMORRO, *loc. et op. cit.*, p. 352.

Estoy de acuerdo con DUQUE y con GARRIDO CHAMORRO que no se puede propugnar la “utilización simultánea de criterios interpretativos distintos”, según se trate de un conflicto de interpretación entre partes o frente a terceros. No obstante ello, también es cierto que estos terceros no pueden verse afectados por una interpretación obtenida a través de datos que ellos no han podido conocer (actos de ejecución de lo pactado ex art. 1.282, modificaciones contractuales ex art. 1.285, acuerdos de fijación de sentido entre las partes, etc.).

A mi juicio, pues, la solución más adecuada se encontrará en llevar el descrito juego de los principios de utilizabilidad u oponibilidad a los criterios efectivos de interpretación utilizados. Así, a título de ejemplo, a los terceros no les puede afectar una interpretación basada en el art. 1.282 CC si no conocen los actos en que se fundamenta.

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES EN LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOA
Profesora de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIOS

1. Planteamiento general	61
2. Especial referencia a las medidas cautelares que pueden adoptarse en este tipo de procedimientos.....	63

1. Planteamiento general

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero introdujo ciertas modificaciones en el régimen jurídico de la impugnación de acuerdos sociales previsto en los artículos 115 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Concretamente, se suprimen los artículos 119 a 122.1 (disposición derogatoria única 1.2º LEC) y se modifica el artículo 118 de la mencionada Ley (disposición final tercera LEC). Por último, los párrafos segundo y tercero del artículo 122 han pasado a ser los párrafos primero y segundo, respectivamente, de dicho precepto (disposición final tercera LEC).

El fundamento de esta reforma se halla en el deseo de unificar criterios procesales hasta entonces dispersos en diversas normas jurídicas. El legislador pretende reducir la fragmentación de aspectos procesales y reconducir las diferentes pretensiones por cauces análogos¹. Como consecuencia de ello, el modificado artículo 118 LSA dispone que para la impugnación de los acuerdos sociales se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En coherencia con esta previsión, establece el artículo 249.1.3º LEC que se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, "las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles"², ello, sin perjuicio de que se establezcan ciertas normas especiales aplicables a este tipo de procedimientos.

1. DE LA VEGA GARCÍA, F.L., "Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *La Ley*, 2000, Tomo 5, D-172, pág. 1.962.

2. Este procedimiento será aplicable no sólo a la impugnación de acuerdos nulos y anulables de la Junta o Asamblea General de las Sociedades Anónimas, sino también a otras formas sociales como las Sociedades de Responsabilidad Limitada (arts. 56 y 70 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) o las Cooperativas (cfr. art. 31.5 de la Ley 27/1999, de 16 de julio), y, en gran parte, a la impugnación de acuerdos del consejo de administración (art. 143.2 de la Ley de Sociedades Anónimas). *Vid.* sobre las especialidades en los procesos

Así, en primer lugar, en cuanto a la competencia territorial, se atribuye con carácter imperativo a los Juzgados del domicilio social, con independencia del lugar donde se haya adoptado el acuerdo impugnado, manteniendo el criterio del artículo 118 LSA derogado.

En segundo lugar, se incluye también una norma especial de acumulación de pretensiones, disponiendo el artículo 73.2 LEC que, cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales, se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera.

En todo caso, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.

A pesar de las similitudes que guarda con el derogado artículo 119.2 LSA, la nueva norma, introduce cambios importantes respecto a la regulación anterior:

Por un lado, hay que tener en cuenta que el derogado artículo 119.2 LSA se refería únicamente a las demandas de impugnación dirigidas frente al mismo acuerdo. La LEC, por su parte, extiende el ámbito objetivo, al permitir la acumulación de pretensiones referidas a distintos acuerdos. Se trata de una modificación positiva, puesto que, como señala GASCÓN INCHAUSTI³, si lo que se pretende es evitar sentencias contradictorias, no cabe duda que, a menudo, los mismos hechos condicionan la validez de varios acuerdos acordados en la misma Junta, Asamblea o sesión (vgr. falta de quórum). En tales supuestos, resulta conveniente una decisión única, para que los hechos comunes sean enjuiciados en el mismo sentido.

En segundo lugar, el derogado artículo 119.2 LSA preveía que durante el plazo de cuarenta días para ejercitar las acciones de anulabilidad "el Juzgado (...) no dará curso a ninguna demanda de impugnación hasta transcurrido el plazo de caducidad señalado en el apartado segundo del artículo 116". La LEC, sin embargo, no ha recogido esta previsión. A pesar de ello, los problemas prácticos y el riesgo de vulneración del derecho de defensa de los demandantes, que se irían incorporando a un procedimiento ya avanzado, aconsejan la paralización del mismo, hasta que transcurra el plazo legal para la acumulación, iniciándose la tramitación de todas las demandas de forma conjunta⁴.

de impugnación de acuerdos de otros órganos colegiados y de otros entes. (TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M^º, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^º, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, págs 750-752).

3. Vid. en este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 87.

4. Se muestra partidario de la paralización, a pesar del silencio legal GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos...*, op.cit., págs. 89 y 90.

Por último, cabe destacar que la nueva LEC ha alterado el cómputo del plazo de los cuarenta días durante los cuales se procederá a la acumulación de oficio: en el derogado artículo 119.2 LSA, la acumulación procedía durante los cuarenta días en que caduca la acción de anulabilidad, plazo que comienza a correr desde que el acuerdo es adoptado o, si es inscribible en el Registro Mercantil, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Por el contrario, en la LEC, los cuarenta días a los que alude el artículo 73.2 LEC comienzan a contarse desde la presentación de la primera demanda.

Siguiendo con las especialidades, entre las diligencias preliminares, incluye el artículo 256.1.4º LEC la petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Por otro lado, la LEC suprime el primer párrafo del artículo 122 LSA, que establecía que la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado. Parte del contenido material de este precepto sigue expresamente vigente debido a su inclusión en la LEC. Concretamente, el artículo 222.3 LEC *in fine* dispone que las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos sociales afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado. En cuanto a la tutela de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, se ha defendido su vigencia por razones de seguridad del tráfico, como manifestación del principio de confianza en la apariencia⁵

Por último, se prevén medidas cautelares especialmente aplicables a los procedimientos de impugnación de acuerdos societarios, y que constituyen el objeto de este trabajo.

2. Especial referencia a las medidas cautelares que pueden adoptarse en este tipo de procedimientos

2.1. Evolución normativa en materia de medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales

Como paso previo al estudio de las principales notas que caracterizan el actual régimen de las medidas cautelares en este tipo de procedimientos, cabe recordar que ya con la primera regulación de la impugnación de acuerdos de la Junta General de

5. DE LA VEGA GARCÍA, F.L., "Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *op.cit.*, pág. 1.964.

Accionistas, contenida en la primera Ley especial de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, se vió la necesidad de completar dicha regulación con la posibilidad de obtener la suspensión del acuerdo, puesto que la fuerza ejecutiva del mismo, unida a la inevitable dilación del procedimiento, podía hacer ilusoria la obtención de sentencia favorable, en cuanto se podían haber agotado los efectos del acuerdo posteriormente anulado, sin posibilidad de restitución a la situación anterior a su adopción.

Sin embargo, la consideración de los perjuicios que para la sociedad puede causar la adopción de este tipo de medida, en cuanto puede suponer la paralización de su normal funcionamiento, llevó al legislador a regular de forma muy restringida su concesión, limitando la legitimación para instar la suspensión mediante la exigencia de que los solicitantes representaran nada menos que la quinta parte del capital social, y exigiendo una fianza, a instancia de los representantes de la sociedad demandada, para asegurar la indemnización de los perjuicios que la medida pudiera irrogar a ésta.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1989, regula en el artículo 120 la medida cautelar de suspensión, rebajando el porcentaje de capital social necesario para ostentar legitimación, que pasa del 20% anterior al 5%, permaneciendo sin definir los presupuestos de la medida. El artículo 121 del Texto citado contempla las anotaciones preventivas de demanda y de suspensión, reguladas anteriormente sólo a nivel reglamentario⁶.

La LEC 1/2000 de 7 de enero se ocupa de las medidas cautelares en los artículos 721 a 747, que conforman el Título VI de su Libro III. La nueva Ley, frente a la dispersión de la LEC 1881, se esfuerza en llevar a cabo una regulación común o unitaria de las medidas cautelares, sin perjuicio de la subsistencia de algunas medidas cautelares previstas en leyes especiales y de la especialidad de algunas reguladas en la propia LEC, que responden a principios diversos de los establecidos en las disposiciones generales relativas de las medidas cautelares. Desde este planteamiento, la LEC ha derogado, como ya se ha dicho, los artículos 120 y 121 de la Ley de Sociedades Anónimas, incluyendo en el artículo 727.5^o la anotación preventiva de demanda, en el 727.6^o otras anotaciones registrales y en el 727.10^o LEC la medida de suspensión de acuerdos sociales.

La inclusión de dichas medidas en el artículo 727 LEC significa el sometimiento de su concesión al régimen general previsto para las medidas cautelares, siendo predecibles respecto de ellas los requisitos generales de instrumentalidad (arts. 721.1,

6. Vid. Arts. 155 a 157 de la Sección 8^a del Título I, con la rúbrica "De la anotación preventiva de la demanda de impugnación de los acuerdos sociales y de la suspensión de los acuerdos", del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (BOE de 31 de julio de 1996) que sustituye, pero sin innovación alguna en relación con las anotaciones preventivas en él reguladas, al anterior Reglamento de Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1957/1989, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 1989).

726.1.1ª, 727.11, 728.1 LEC); accesoriadad (arts. 730, 731 y 745 LEC); temporalidad y variabilidad (arts. 731 y 726 LEC) y, en último término, sometimiento al principio de proporcionalidad (art. 726 y 746 LEC), y estando sujetas al cumplimiento de los presupuestos generales del artículo 728 LEC, sin perjuicio de que se mantenga un requisito especial adicional para la concesión, relativo a la legitimación para solicitar la medida de suspensión de acuerdos.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la LEC, sin perjuicio del catálogo de medidas específicas del artículo 727, opta por un sistema abierto que permite adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria. Por tanto, no existe obstáculo alguno para que se puedan adoptar medidas cautelares diversas⁷.

2.2. La medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales

2.2.1. Naturaleza jurídica

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 incluye como medida cautelar específica en el artículo 727.10º "la suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandados representen al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial".

La inclusión de la suspensión en el listado del artículo 727 LEC despeja toda clase de dudas acerca de su carácter cautelar, estando orientada, como toda medida de este tipo, a asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que en su momento se dicte, la cual podría verse afectada si durante el lapso temporal inevitable en la tramitación del procedimiento llegara a ejecutarse el acuerdo impugnado, con efectos irreversibles. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que, si no se suspende el acuerdo, éste desplegará todos sus efectos en tanto no se declare su invalidez, independientemente de la causa de impugnación que pudiera concurrir.

7. Señala en este sentido TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA que "De lo contrario supondría que, aquellos que no están legitimados para solicitar la suspensión del acuerdo, quedarían desprovistos de toda tutela cautelar, resultado que sería contrario al artículo 24 de la Constitución. Y resultaría que incluso los legitimados no encontrarían otro cauce para satisfacer su pretensión cautelar pese a que en el caso dado pudiera resultar más adecuada, indicada y proporcionada otra medida distinta, que podría, incluso, ser menos gravosa para la sociedad, llegando así a un resultado jurídicamente absurdo y contrario a la letra y, sobre todo, al espíritu de la norma contenida en el artículo 726.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil". (TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.Mª, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. Mª, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op.cit., pág. 765).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta medida⁸, en general, se defiende⁹ su naturaleza anticipativa, alegando que a través de ella se mantiene el mismo estado que si el acuerdo suspendido no se hubiera acordado o hubiera desaparecido del mundo jurídico, que es justamente lo que se pretende con la acción de impugnación¹⁰.

No cabe duda de que, ciertamente, la suspensión produce algunos efectos idénticos a los de la sentencia que, en su momento, recaerá en el juicio de impugnación, si aquélla fuese estimatoria de las pretensiones del actor, pero no todos (vgr. la suspensión no puede nunca producir la declaración de nulidad o la anulación del acuerdo social impugnado y sus efectos consiguientes, lo cual sólo puede obtenerse, en caso de estimarse la pretensión de impugnación interpuesta, con la sentencia que pone fin al proceso)¹¹.

Desde esta perspectiva, FAIREN GUILLÉN¹² considera que es necesario distinguir la resolución de suspensión del acuerdo social impugnado de la resolución de fondo que lo anula o lo declara nulo, pues una confusión de los objetivos perseguidos por ambas resoluciones podrá llevar a configurar el de la resolución cautelar como el de una simple ejecución anticipada. En este sentido señala que si bien el fin cautelar de la suspensión del acuerdo social impugnado no se consigue, sino anticipando ciertos efectos de la resolución de nulidad o de anulación, es necesario distinguir entre sanción cautelar y sanción principal, ya que, en primer lugar, no es lo mismo la eficacia que la ejecutoriedad de un acto; la suspensión del mismo ataca a ésta, mientras que la declaración de nulidad o la anulación ataca a aquélla, es decir la resolución de fondo estimatoria de la pretensión de impugnación tiende a declarar la nulidad o a anular el acuerdo social impugnado y a eliminar completamente sus efectos y tiene carácter definitivo, mientras que la resolución de suspensión persigue paralizar temporalmente la ejecución de dicho acuerdo y tiene carácter provisional; en segundo

8. A la hora de determinar la naturaleza jurídica de la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales impugnados, tomaré como punto de referencia la clasificación, generalmente admitida, que distingue tres clases de medidas en atención a los efectos que se persiguen: medidas de aseguramiento, medidas de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio y medidas anticipativas o innovativas. Vid. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 138.

9. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J.M^º, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^º, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op.cit., págs. 735 y 736.

10. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de julio de 2005 (EDJ 2005/115513) explícitamente califica la suspensión como medida anticipatoria.

11. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 464.

12. FAIREN GUILLÉN, V., "El proceso cautelar en la Ley de Sociedades Anónimas", en *Temas del ordenamiento procesal*, II, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 944-945. Vid. también MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedades mercantiles*, Comares, Granada, 1997, págs. 26 y 27.

lugar, los efectos de la suspensión no son retroactivos, mientras que sí que lo son, en ciertos casos, los de la sentencia declarativa de nulidad o de anulación; en tercer lugar, la resolución que acuerda la suspensión es instrumental respecto de la que pueda declarar la nulidad o anulación del acuerdo, pues aquélla trata de garantizar los efectos de ésta sin anticiparlos en su totalidad.

2.2.2. Presupuestos para su adopción

Por lo que se refiere a sus presupuestos, salvo las especialidades que se derivan del requisito legitimador, la adopción de esta medida queda condicionada a las exigencias que, con carácter general, establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 728; esto es, el peligro de mora procesal, la apariencia de buen derecho y la prestación de caución por parte del solicitante.

A los requisitos mencionados añade GARBERÍ LLOBREGAT¹³ el de la idoneidad de la medida solicitada para asegurar la situación jurídica cautelable¹⁴, y el de la ausencia de otorgamiento, por parte del demandado, de la llamada caución sustitutoria de la medida cautelar regulada en los artículos 746 y 747 LEC.

2.2.2.1. Presupuestos especiales para la adopción de la medida. Legitimación

De conformidad con el principio dispositivo rector del proceso civil, la suspensión de acuerdos sociales está sujeta al principio dispositivo, de manera que sólo se va a adoptar a instancia de parte. En relación con esta solicitud, la LEC modifica los porcentajes anteriores relativos a la legitimación para instar la suspensión. Al amparo de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, la suspensión del acuerdo impugnado debía solicitarse por uno o varios demandantes que representasen al menos un 5 por 100 del capital social.

En la actualidad, el artículo 727.10º LEC exige que los solicitantes de la medida representen al menos un 1 por 100 del capital social¹⁵ cuando se trate de acuerdos de

13. GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...*, op.cit., págs. 31 y 32.

14. Resulta evidente que cada tipo de derecho en conflicto y cada tipo de pretensión ejercitada puede ver amenazada la efectividad de la sentencia que resuelve sobre los mismos de distintas maneras. El logro de la efectividad de la sentencia requiere por ello de la posible adopción de una amplia gama de medidas cautelares apropiadas al caso concreto, sin que sea posible que unas mismas medidas sirvan para asegurar la efectividad de la sentencia frente a los peligros de toda clase (DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., "El cambio de signo de las medidas cautelares en el proceso civil y ciertas observaciones sobre su regulación", *Tribunales de Justicia*, junio, 2002, pág. 30).

15. La doctrina mayoritaria considera que se refiere, no al capital desembolsado, sino al suscrito. *Vid.* en este sentido, entre otros, CALDERÓN CUADRADO, M^a P., en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN

sociedades que hubieren emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial; si no lo estuvieren, el porcentaje se mantiene en el 5 por 100 del capital social. Se trata de un presupuesto no sólo de la legitimación para demandar, sino también para mantenerse como parte en el proceso cautelar¹⁶.

Probablemente el legislador parte de la consideración de que las sociedades con valores admitidos a cotización tienen un tamaño tal que el 1% exigido representa ya un número muy importante de acciones¹⁷. En este sentido, señala RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA que “es lógico diferenciar según que las SA hayan acudido o no al mercado de valores, ya que si lo hubieran hecho su composición accionarial estará, normalmente, más disgregada, con lo que a los accionistas minoritarios les será casi imposible reunir no ya el 10% del capital social sino incluso el 5% que se había proyectado en un principio”¹⁸.

Hecha esta precisión, la redacción actual de este precepto sigue suscitando algunas dudas de aplicación práctica en los procesos de impugnación de acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima que, habiéndose planteado ya al amparo de la regulación anterior, no han recibido respuesta normativa. Por otro lado, permite nuevas reflexiones a la luz del fundamento que el Tribunal Constitucional reconoce a las medidas cautelares.

Comenzando por este último aspecto, lo primero que llama la atención, a pesar de ser una constante en esta materia, es que se produce una restricción de la legitimación para solicitar la medida cautelar de suspensión del acuerdo respecto a la legitimación para impugnarlo. En efecto, el artículo 117 LSA reconoce legitimación para impugnar el acuerdo, cuando se trata de acuerdos de la Junta General, a cualquier accionista, a los administradores y a cualquier tercero que acredite interés legítimo. En cambio, para instar la suspensión se excluye a los terceros, a los administradores y no se concede a cualquier socio, sino sólo a los que conjunta o individualmente posean la participación social requerida¹⁹.

CUADRADO, M^a P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, pág. 100; MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, págs. 51 y 52; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N., *Los acuerdos del consejo de administración. Especial referencia a su régimen de impugnación*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 350.

16. BARONA VILAR, S., en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil*, vol. VII, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 6.027; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1.229; CALLEJO CARRIÓN, S., “Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales”, *La Ley*, 2005, Tomo 2, D-82, pág. 1.774; CALDERÓN CUADRADO, M^a P., en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *La tutela judicial cautelar...*, op.cit., pág. 100.

17. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op.cit., pág. 744.

18. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, op.cit., pág. 473.

19. A este respecto, ha de tenerse en cuenta, como señala TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, que en los casos de pluralidad sobrevenida de demandantes ex art. 73.2 LEC, todos ellos podrán

Esta restricción podría entrar en colisión²⁰ con la doctrina ya consolidada del Tribunal Constitucional que incluye, dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara el artículo 24.1 CE, el derecho a que se adopten medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso²¹.

En mi opinión, por ello, habría sido más acertado que la legitimación para instar la medida de suspensión se hubiera supeditado únicamente al requisito de tener la condición de parte, o, en todo caso, como se ha defendido por algún autor, habría sido preferible que, en lugar de esas restricciones a la legitimación, se hubiera instaurado la tutela sumaria de esos intereses, y, en su defecto, exigido una mayor acreditación del *fumus bonis iuris* y del *periculum in mora*, con un juicio ponderado sobre el interés del accionante y de la sociedad, sin exigir una legitimación distinta para la medida, fundamentalmente en aquellos supuestos en los que la ejecución del acuerdo conlleve una situación irreversible para el impugnante²².

En cualquier caso, no ha sido esta la solución legal y, por tanto, a ella nos atenemos, procediendo a plantear las dudas intepretativas del precepto mencionado, y las soluciones que a las mismas se apuntan, las cuales, en mi opinión, deberían estar regidas siempre por el criterio más favorable a la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, por aquél que favorezca, al menos, la posibilidad de solicitar la medida cautelar.

1. En primer lugar, cabría cuestionarse si los socios que se computan para alcanzar el mínimo legal del 1 o 5 por 100 requerido para tener legitimación para instar la suspensión son sólo los que poseen derecho a voto o cabe incluir también a los accionistas sin voto. En principio, tanto la regulación societaria como la procesal permiten defender la posible inclusión de estos últimos. En este sentido, el artículo 92 LSA les confiere todos los “derechos de las acciones ordinarias, salvo el de voto”, atribuyéndose la facultad de impugnación de acuerdos sociales a “todos los accionistas” (art. 117.1 LSA). La Ley de Enjuiciamiento Civil por su parte, en el artículo 727.10ª se refiere a los

unir sus participaciones en el capital social para alcanzar los mínimos requeridos. (TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^º, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^º, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 747).

20. *Vid.* en este sentido, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^º, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^º, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 745.

21. *Vid.* SSTC 14/1992, de 10 de febrero, 238/1992, de 17 de diciembre, 148/1993 (Sala 2ª), de 29 de abril y 218/1994, de 18 de julio.

22. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^º, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^º, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 745.

socios en general, sin hacer referencia a alguna clase de accionistas, por lo que no procede hacer distinciones donde la ley no las hace²³.

2. En segundo lugar, cabe cuestionarse si son aplicables los requisitos adicionales exigidos para el ejercicio de la acción de anulabilidad (que el socio impugnante hubiere hecho constar en acta su oposición al acuerdo, o bien que no hubiera comparecido a la Junta, o bien que se le hubiera privado ilegítimamente de su derecho a voto)²⁴. En principio, parece que la respuesta ha de ser negativa, debiendo ser tales presupuestos legitimadores analizados en el momento procesal oportuno que, como norma general, será el de la sentencia. Ahora bien, como señala TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA²⁵, si se acreditara la ausencia de los requisitos legitimadores debe denegarse la suspensión, pues, aunque sea un juicio anticipado sobre tal extremo, si se aprecia que no existe legitimación para impugnar tampoco la puede haber para obtener la suspensión, y desde luego el pronóstico sobre el posible éxito de la acción es claramente desfavorable, con lo que desaparecería el "fumus bonis iuris" imprescindible para que la medida pueda ser adoptada.

3. En tercer lugar, se plantea la duda de cuál es el momento que se ha de tomar como punto de referencia para determinar si se alcanza el mínimo de capital social legitimador. A este respecto, la mayoría de los autores considera que dicho porcentaje debe ostentarse tanto en el momento de la celebración de la junta en la que se adoptó el acuerdo, como en el momento en que se pida la medida, y se debe mantener durante todo el tiempo de vigencia de la medida cautelar²⁶.

23. A favor de la inclusión de los accionistas sin voto con base en los argumentos señalados, se manifiesta TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, págs. 745 y 746. Vid. también CALDERÓN CUADRADO, M^a P., en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, pág. 100; LEDESMA IBÁÑEZ, P., "Comunicación. La medida cautelar de suspensión de los acuerdos societarios impugnados en vía judicial. Cuestiones de fondo", en *Las medidas cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 439 y 440, nota núm. 8.

24. Así parece entenderlo para la regulación anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...op.cit.*, pág. 48.

25. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 746.

26. BARONA VILAR, S., en ESCRIBANO MORA, F.(coord.), *El proceso civil*, vol. VII, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 6.027; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Especialidades procesales en la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Procesal*, 1990-3, pág. 436; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 1.229; CALLEJO CARRIÓN, S., "Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales", pág. 1.774;

Frente a esta tesis cabría defender que las fechas a tener en cuenta serían la de la demanda y la de la solicitud de la medida con base en que, a efectos de la litispendencia, se toma como base la situación existente en el momento de interposición de la demanda, momento al que ha de referirse, en consecuencia, la constatación de la legitimación²⁷.

En mi opinión, sin embargo, teniendo en cuenta que el proceso gira en torno al acuerdo en sí mismo y a la situación de hecho y de derecho que concurría en el momento de su adopción, resulta más acertada la tesis que toma como punto de referencia dicho momento, de manera que si entonces tenía la condición de socio y poseía suficiente participación social en el capital, tenía el correspondiente derecho subjetivo a impugnar, del que es expresión la legitimación²⁸.

Cabe plantearse qué ocurre cuando desde la adopción del acuerdo o, incluso, con motivo del mismo, se produce una aminoración del porcentaje. A este respecto, se ha señalado, que la disminución posterior de la participación debe ser objeto de un tratamiento diferenciado en función de que sea voluntaria o involuntaria²⁹. Así, centrándome en los dos supuestos típicos que pueden dar lugar a la reducción del porcentaje, no sería lo mismo, desde esta perspectiva, que ello se deba a una transmisión de las participaciones sociales o a una ampliación del capital social.

En el primer caso, cuando se produce una enajenación de acciones que sitúa el porcentaje por debajo del mínimo legal, dicha transmisión privará al socio originario de la posibilidad de solicitar la suspensión o de continuar con la medida cautelar. Provocará, en definitiva, si ya se hubiese acordado,

CALDERÓN CUADRADO, M^a P., en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *La tutela judicial cautelar...*, op.cit., pág. 100; Díez-Picazo Jiménez, I. y DE LA OLIVA SANTOS, A., "Los procedimientos judiciales en la nueva legislación societaria (Cuestiones procesales planteadas por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades), *La Ley*, 1990, Tomo I, pág. 1.063.

27. Añade TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA que "Incluso el texto del artículo 727.10^o suministra una pauta de interpretación en ese mismo sentido, pues el referido precepto toma por base, aunque sea a efectos de determinar si el mínimo exigido ha de ser del 1 o el 5 por 100, el momento de la impugnación, esto es, el de la demanda". (TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. op.cit., pág. 748).
28. En este sentido, siguiendo la argumentación apuntada *vid.* TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. op.cit., pág. 749.
29. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. op.cit., pág. 749.

el alzamiento de la medida, salvo que sea posible la sucesión procesal³⁰ y el sucesor se persone en el procedimiento. De acuerdo con este planteamiento, se produciría en todo caso el alzamiento de la suspensión de modo automático si, como consecuencia de la enajenación, ni el socio originario, ni el nuevo adquirente reúnen el cinco por ciento del capital social, o si desiste o renuncia a la impugnación.

En los casos de acuerdos de ampliación de capital que impliquen la pérdida de ese mínimo del 5% o del 1%, según los casos, por parte del accionista impugnante, persistiría la legitimación. Considero que ésta es la solución adecuada en este supuesto y ello no tanto por la nota de la voluntariedad, sino porque entiendo que el capital ha tener en cuenta para calcular el porcentaje referido es el del momento de la celebración de la Junta, de manera que, si en esa misma Junta, o con posterioridad, se aumenta el capital de la sociedad, el impugnante o impugnantes conservan su legitimación. A mayor abundamiento, si no se aceptara esta solución, como explica RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA³¹, sería muy fácil enmascarar acuerdos nulos o anulables, cuya ejecución pudiese producir importantes beneficios a corto plazo, logrando evitar su suspensión, incluyendo, conjuntamente con ellos en la misma Junta, acuerdos de ampliación de capital tendentes a silenciar a las minorías.

Las mismas consideraciones nos llevan a concluir que, en los casos de impugnación de un acuerdo que niegue al socio impugnante la condición de tal, o la titularidad de un número de acciones que le impidan llegar a ese porcentaje del capital social exigido por la Ley, perdurará la legitimación para solicitar la reseñada suspensión de los acuerdos³².

4. Por último, cuando se trate de acuerdos de fusión, se ha considerado que el cómputo del porcentaje necesario para solicitar la suspensión deberá realizarse sobre la base del capital social de la sociedad cuyo acuerdo se impugna, cuando la impugnación sea anterior a la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Mercantil. Si ya se hubiera llevado a cabo la inscripción, dicho porcentaje habría de calcularse respecto del capital de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad³³. Sin embargo, me parece más acertada

30. A este respecto, CALDERÓN CUADRADO señala que el alzamiento de la suspensión no será automática, pues la sucesión procesal a la que se daría lugar la impediría. (CALDERÓN CUADRADO, M^a P., en ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO, M^a P., *La tutela judicial cautelar...*, op.cit., pág. 100).

31. Mantenía igualmente, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la tesis partidaria de tomar en consideración el capital anterior al acuerdo de ampliación MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, op.cit., pág. 53.

32. MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, op.cit., pág. 53; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, op.cit., pág. 477.

33. MARTÍNEZ SANZ, F., "La nulidad de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas", *R.D.M.*, 1990, pág. 76.

la tesis que considera que el cálculo del porcentaje de capital social habilitante para poder solicitar la suspensión debe hacerse en todo caso tomando como base el capital social de la sociedad o sociedades originarias, pues precisamente se está impugnando un acuerdo de fusión, absorción o escisión imputable a la voluntad de esa o esas sociedades, y no a la sociedad o sociedades nuevas³⁴.

2.2.2.2. Presupuestos generales

A. El presupuesto de peligro por mora procesal o *periculum in mora*

Según el artículo 728 párrafo primero de la LEC, “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

El fundamento de la exigencia de este presupuesto ha de encontrarse en el riesgo de daño que recae sobre el actor por la dilación temporal que el desarrollo de un proceso contradictorio con todas las garantías conlleva.

En el caso de la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales, el *periculum in mora*, es decir, el riesgo de la ineffectividad de la tutela judicial del socio que la pretende, debe referirse a la irreversibilidad de los eventuales efectos lesivos consecuencia del acuerdo impugnado.

La concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria debe ser justificada por el solicitante. Es posible que en muchos casos se pueda probar documentalmente, pero nada impide al solicitante servirse de cualesquiera medios de prueba.

B. La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

El apartado segundo del artículo 728 LEC regula el tradicional presupuesto de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*. Este presupuesto comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del solicitante de la medida cautelar en relación con el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Por tanto, determina la necesidad de que exista un cierto juicio positivo por parte del Juez de que el resultado del proceso principal será probablemente favorable al actor, y ello por cuanto la medida cautelar va a suponer una injerencia clara en el ámbito de la esfera jurídica del demandado. Pero ese “*fumus boni iuris*” no puede, en absoluto, suponer que tan sólo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el

34. En este sentido, MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, op.cit., pág. 55.

convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica, por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación necesitada de cautela.

En materia de suspensión de acuerdos sociales, si bien en algún caso se ha considerado como apariencia de buen derecho el que sea un mínimo de accionistas, que sumen el cinco por ciento del capital social, el que solicite la suspensión (art. 120.1 TR)³⁵, será necesario además, como recuerda el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz de 17 de enero de 2004³⁶, reproduciendo el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de junio de 1996, que “la pretensión no sea meramente ilusoria, sino que venga respaldada por datos objetivos y pruebas, que al menos en ese inicial momento permitan augurar su futuro éxito procesal”. En este sentido, señala el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca de 7 de mayo de 2002³⁷, en relación con un acuerdo social de ampliación de capital impugnado, que dicho acuerdo “debe ser probablemente inválido, sin que este juicio anticipe el que debe pronunciarse en el proceso ordinario en el que se debate. Pero al menos debe manifestarse con claridad la concurrencia de causas o razones que hagan verosímil o probable la invalidez del acuerdo del que se pide la suspensión”. Es decir, se exige una apariencia en cuanto a la ilegitimidad del acuerdo impugnado.

En cuanto a la forma de efectuar la acreditación de la apariencia de buen derecho alegado por el solicitante, la Ley otorga preferencia a la prueba documental que permita al Tribunal efectuar un juicio provisional favorable a la adopción de la medida. Se abandona, sin embargo, la rigidez de la LEC de 1881 que exigía que el principio de prueba fuera exclusivamente documental lo que dejaba fuera de la tutela cautelar determinadas situaciones jurídicas cuya prueba documental era casi imposible (v.gr. los casos de responsabilidad civil extracontractual). En el caso que nos ocupa de suspensión de acuerdo sociales, además, en su caso, de la acreditación de la legitimación, normalmente bastará presentar la certificación del acuerdo que se impugna solicitada por el actor que ahora pide la suspensión, pero también podrán cumplir dicha función de acreditamiento el acta notarial de la junta en la que se hayan adoptado los acuerdos objeto de impugnación o la aportación de documentos expedidos por la sociedad demandada en cumplimiento de la diligencia preliminar de exhibición de documentos prevista en el artículo 256.1.4º LEC.

C. La caución como presupuesto de las medidas cautelares

Como presupuesto independiente y adicional de los citados anteriormente, exige el apartado tercero del artículo 728 LEC la prestación por el solicitante de caución que sirva de garantía al demandado para resarcirle, en su caso, de los posibles daños

35. Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Lérida de 20 de abril de 1998 (EDJ 1998/8872).

36. EDJ 2004/244344.

37. Rec. 230/2002. Ponente: García Vicente, José Ramón (La Ley 87484/2002).

y perjuicios que la adopción de la medida cautelar haya podido irrogarle si, posteriormente, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento. La caución, por tanto, constituye un instrumento útil para disuadir al solicitante de formular peticiones infundadas o gratuitas³⁸.

En la actual regulación, la exigencia de la caución no es de apreciación facultativa del juez, sino que éste debe exigirla, salvo en aquellos supuestos en los que el propio ordenamiento jurídico dispensa del cumplimiento de dicho requisito, o deja un margen de discrecionalidad en cuanto a su exigibilidad al tribunal atendiendo a la situación jurídica que pretenda garantizarse o a la medida cautelar en concreto que se haya solicitado, lo que no ocurre en el supuesto que nos ocupa, modificándose así el régimen previsto en las Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y 1989 que configuraban la exigencia de la fianza o caución al solicitante de la medida como una mera potestad del Juez.

En cuanto al alcance de su exigencia, es generalizada la opinión de que la prestación de la caución no es un elemento que fundamente la adopción de la medida. A estos efectos, es suficiente el simple ofrecimiento por el solicitante de prestar caución para el caso de que la medida sea adoptada. El ofrecimiento debe incluirse en la solicitud cautelar y no puede ser genérico de constituir la caución en el caso de que se fije y de la clase y cuantía que determine el tribunal, sino que ha de ofrecerse la prestación de una caución de calidad y cuantía determinadas y con argumentación que justifique su cuantía (art. 732.2 LEC). De esta manera, se posibilita la defensa del demandado en cuanto a este presupuesto, ya sea en la audiencia previa (art. 734.2.3 LEC), ya sea en la oposición posterior (art. 740.1 LEC), y se proporciona al tribunal fundamentos para su resolución sobre "la forma, cuantía y tiempo en que debe prestarse la caución por el solicitante" (art. 735.2.1 LEC)³⁹.

Si falta el ofrecimiento en los términos expuestos, la doctrina de las Audiencias Provinciales es contradictoria en relación con la posibilidad de subsanación. A favor de la subsanabilidad se manifiesta, por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14ª, de 2 de diciembre de 2003⁴⁰, argumentando que, pese a la

38. Finalidad ésta que pone de manifiesto el AAP de Granada, secc. 4ª, de 17 de diciembre de 2002 (Ref. *El Derecho* 2002/87963, rec. 487/2002, Pte: Maldonado Martínez, José).

39. AAP de Madrid, sección 10ª de 24 de octubre de 2002, citado en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. Mª, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, págs. 144 y 145.

40. Ref. *El Derecho* 2003/184580, rec. 560/2003, Pte: Alegret Burgúes, Mª Eugenia. Mantiene la tesis de la subsanabilidad igualmente las siguientes resoluciones: AAP de Girona, sección 2ª, de 27 de noviembre de 2002 (Ref. *El Derecho* 2002/73154, rec. 520/2002, Pte. Fernández Font, Joaquim Miquel), AAP de Barcelona, sección 14ª, de 18 de noviembre de 2002 (Ref. *El Derecho* 2002/80156, rec. 850/2002, Pte: Raso Baldellou, José María); AAP de Córdoba de 27 de enero de 2003 (Ref. *El Derecho* 2003/4947, rec. 356/2002, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón). Considera que debe favorecerse la posibilidad de su subsanación con fundamento en el artículo 424 LEC como paso previo a acordar la medida –sin audiencia

dicción del artículo 732.3 LEC, ninguna disposición legal prescribe que su omisión sea insubsanable, ni que la falta de este requisito impida el conocimiento de la petición deducida. Por contra, el artículo 231 LEC contiene una expresa referencia al principio de subsanación, que se acomoda además al principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales.

En contra de esta tesis, cabe citar el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6ª, de 8 de mayo de 2003⁴¹, que, en cuanto a la posible subsanabilidad del defecto de ofrecer prestar caución, señala que “la ausencia absoluta de cualquiera de los requisitos esenciales en el momento de petición inicial, no pueden ser subsanados”. Dicha afirmación se basa, según la resolución citada, entre otros extremos, en la nueva regulación de la caución sustitutoria de los artículos 746 y 747 LEC que puede prestar el demandado cautelar para alzar las medidas adoptadas, la cual tiene que estar en inmediata relación con la ofrecida por el demandante, por lo que es necesario que el demandado tenga conocimiento exacto de la que se ofrece por la contraparte. Así se deduce de la posibilidad de prestar caución sustitutoria en el acto de la vista, por la remisión que se efectúa en el artículo 747.1 LEC al artículo 734 del mismo texto legal. Si carece de conocimiento absoluto de la caución ofrecida por el actor, no podrá formular las alegaciones oportunas frente a la misma u ofrecer caución sustitutoria, por lo que se le situaría en posición de indefensión. Por ello, concluye, a diferencia de los procedimientos declarativos, se debe exigir un mayor rigor a la parte solicitante, que se encuentra en una situación procesal ventajosa. Por la misma causa, se debe señalar en el escrito de demanda de medidas cautelares aquellas pruebas de que la parte intenta valerse, tal y como prevé el artículo 732 LEC. Cuestión distinta, matiza, es que en el ofrecimiento de la caución no concurriera alguno de los requisitos que se establecen en el art. 732 LEC, esto es que se ofrezca caución pero no se señale el tipo o sin justificación del importe. En este caso cabría la posibilidad de entender cumplido el requisito esencial y posteriormente, bien de forma previa a la admisión o al inicio del propio acto de la vista, requerir a la parte solicitante que subsane dichos defectos”.

Por último, considero interesante mencionar la interpretación mantenida en el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4ª, de 5 de enero de 2002⁴², en el

de la parte contraria— o a incoar el procedimiento cautelar ordinario ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas cautelares LEC 1/2000: Algunos problemas prácticos y su posible solución”, SEPIN, LEC, nº 23, Octubre 2002, pág. 20.

41. Ref. *El Derecho* 2003/70367, rec. 38/2003, Pte.; Diego Alegre, Luis de. En la misma línea, el AAP de Madrid, sección 10ª, de 24 de octubre de 2002 (citado en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. Mª, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 145) se muestra partidario de la insubsanabilidad, señalando que si falta el ofrecimiento no debe darse curso a la petición, sin que proceda subsanar la falta de dicho ofrecimiento por la vía del artículo 231 LEC, porque una cosa es la falta de concreción de la cualidad y cuantía de la fianza y otra la absoluta falta de ofrecimiento que constituye un defecto insubsanable

42. Ref. *El Derecho* 2004/6444, rec. 297/2003, Ponente: César Villarejo Victor

que se señala que “aunque tal defecto ha de considerarse subsanable y en el mismo sentido se pronuncia igualmente la AP de Córdoba, Sección 2ª, en auto de fecha 27 de enero de 2003 sólo es posible hasta el momento de la vista para la audiencia de las partes del art. 734 LEC pues en dicho acto puede aún el solicitante concretar su importe y justificar la razón de la cuantía que propone pudiendo entonces, quien deba sufrir la medida, formular alegaciones sobre ello, y el Juez determinar su forma, cuantía y tiempo en que debe prestarse la caución por el solicitante (art. 735 LEC), pero no en posterior momento”. En mi opinión, efectivamente, las posibilidades de subsanación, en su caso, deben estar regidas por el criterio de evitar la indefensión del demandado. Por ello, debería subsanarse el defecto incluso antes de la vista para que, con antelación a su celebración, el demandado disponga ya de todos los datos necesarios para articular correctamente su defensa.

En todo caso, la prestación es presupuesto imprescindible para cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 737.1 LEC). Será el tribunal quien, mediante auto (art. 735 LEC), fije el tipo y cuantía de la caución.

En cuanto a la calidad de la caución, ésta puede adoptar cualquiera de las formas previstas en el artículo 529.3.II LEC, a saber, el depósito irregular de dinero efectivo, el aval de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca con ciertas características (solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento) o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

Por lo que se refiere a la cantidad garantizada, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 25 de febrero de 2002 (AC 2002, 642), no se trata de asegurar el valor económico de la pretensión actora, ni su abono, “sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que éste no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía”. Concretamente, el párrafo segundo del artículo 728.3 LEC establece dos criterios a los que debe atender el tribunal para determinar la cuantía de la caución:

- a. La naturaleza y contenido de la pretensión. Aunque cabe otra interpretación⁴³, cabe entenderse referido a la concreta medida cautelar que el actor

43. GARBERÍ LLOBREGAT, considera que ha de tenerse en cuenta la naturaleza y contenido de la pretensión esgrimida por el demandante que solicita la medida cautelar: “debe considerarse fundamentalmente cuál es el contenido del suplico de la demanda del actor; cuál, en suma, el alcance y la clase de la condena cuya imposición al demandado se insta del órgano judicial. De forma que: a) Cuanto mayor en entidad sea la condena solicitada mayores pueden ser los daños y perjuicios que una medida cautelar idónea para la salvaguarda ejecutiva de dicho *petitum* es susceptible de comportar, si bien aquí no debiera confundirse el montante de la caución con el valor económico de la pretensión actora; y b) En función de la clase de condena solicitada (de hacer, no hacer o dar), así puede también acordarse una u otra modalidad adecuada de otorgamiento de la caución. (GARBERÍ LLOBREGAT, J., en GARBERÍ

pretende que se acuerde (o, en otros términos, lo “similar” que sea la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia estimatoria que hipotéticamente se dictare). A mayor similitud, mayor será la caución que deba prestarse⁴⁴.

- b. La valoración que se realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. El Juez deberá tener en cuenta la intensidad del *fumus boni iuris*.

A los criterios mencionados en el artículo 728 LEC, añade ORTELLS RAMOS⁴⁵ un tercero: la previsión de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado, aspecto éste que puede plantear dificultades de determinación, en la medida en que la magnitud del daño que la medida puede producir vendrá determinada por la afectación de valores intangibles como la posición en el mercado, pérdida de confianza de la clientela y puede frustrar una legítima estrategia empresarial, con el consiguiente lucro cesante de no fácil determinación⁴⁶.

En la misma resolución en que se acuerde deberá fijarse un plazo para la prestación de la fianza, el cual deberá respetarse con efecto preclusivo, computándose con arreglo a los artículos 132 a 136 LEC. Si no se constituye la caución en el plazo establecido, deberá dictarse auto dejando sin efecto el auto previo de concesión⁴⁷.

LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 69). En mi opinión, sin embargo, tal como señala el AAP de Córdoba, sección 2^a, de 1 de febrero de 2002 (Ref. *El Derecho*, rec. 309/2001, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre), “atender a la pretensión contenida en la demanda constituiría un criterio erróneo, ya que lo determinante no debe ser lo que se pide en la demanda, sino la apariencia acreditada de que se tiene razón para pedir la adopción de la cautela. En realidad, a efectos de determinar la caución, lo que se pide en la demanda no resulta decisivo, pero sí la clase y contenido de la pretensión cautelar y el grado de afectación o de perjuicio que puede producir en el patrimonio del demandado”. Por tanto, entiendo el tribunal, habrá que atender a la pretensión cautelar. Es decir, a la cautela que se ha solicitado. Según esta interpretación deberá fijarse la caución “en función de la afectación que la cautela solicitada vaya a producir en el patrimonio del demandado”, con la finalidad de que, en su caso, pueda responder de los daños causados.

44. Así lo interpreta FERNÁNDEZ- BALLESTEROS, M.A., “Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares”, en GONZÁLEZ SORIA, J. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 274, nota núm.12.
45. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares, op.cit.*, pág. 187.
46. TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 756.
47. En este sentido estima ARSUAGA CORTAZAR que no es posible, en suma, que el que hubiera obtenido en su favor la concesión de una medida disponga del plazo para constituir la caución a su merced, ni que pueda superarlo sin justificación. (ARSUAGA CORTAZAR, J., “Medidas

2.2.3. Procedimiento para su adopción

En cuanto al momento para instar la medida, la doctrina es prácticamente unánime a la hora de considerar que no cabe plantear la solicitud antes de la interposición de la demanda, ni siquiera cuando concurren razones de urgencia o necesidad a que se refiere el artículo 730.2 LEC, entendiendo que el artículo 727.10º LEC liga indisolublemente la posibilidad de suspensión con la impugnación ya formalizada del acuerdo. Para ello se apoyan en el tenor literal del artículo 727.10º, que se refiere a “acuerdos sociales impugnados”, término éste que no es equivalente a la constancia en el acta de la junta de la oposición del acuerdo, y que, según esta tesis, aludiría, claramente, a la presentación de una demanda en la que se contenga la impugnación judicial⁴⁸.

Lo que no plantea problema alguno es la petición con posterioridad a la interposición de la demanda, cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 730.4 LEC.

Por otro lado, cabe cuestionarse si es necesaria la audiencia previa de la sociedad para la adopción de la medida. El artículo 120 LSA, en relación con la suspensión del acuerdo, regulaba la posible adopción de esta medida mediante un procedimiento incidental, con el fin de acelerar la suspensión en supuestos de peligro de retardo. Hoy en día, la aplicación de las normas generales sobre medidas cautelares posibilita la tramitación urgente de las mismas. En este sentido, el artículo 733.2 LEC dispone que cuando concurren razones de urgencia o cuando la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado⁴⁹.

Por último, existe en la LEC 2000 una modificación del régimen de la suspensión del acuerdo impugnado referida al recurso procedente contra el auto estimatorio de la adopción de dicha medida cautelar. El artículo 120.3 LSA disponía que contra este tipo de resolución cabría recurso de reposición y contra el auto desestimatorio de la reposición podría interponerse recurso de apelación, que se admitiría en ambos efectos. La LEC establece en relación con este último aspecto una modificación, y

cautelares LEC 1/2000: Algunos problemas prácticos y su posible solución”, SEPIN, LEC, nº 23, Octubre 2002, pág. 20).

48. En este sentido, TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M^a, en GARBERI LLOBREGAT, J. (Dir.), TORRES FERNÁNDEZ, J. M^a, CASERO LINARES, L., *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. op.cit.*, pág. 756.

49. *Vid.* Auto de 27 de enero de 2006, del Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Santander, EDJ 2006/116107; Auto de 7 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil, núm. 1 de Cádiz, EDJ 2004/244347.

que según el artículo 735.2 *in fine*, contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

2.3. La anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo

La segunda de las medidas cautelares que suele adoptarse en el marco de los procedimientos de impugnación de acuerdos societarios es la anotación preventiva de la demanda de impugnación, medida que estaba prevista en el artículo 121 LSA, el cual se remitía a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil para la anotación preventiva, no sólo de la demanda de impugnación sino también de la resolución judicial firme en relación con la suspensión del acuerdo (artículo 121.2 LSA derogado)⁵⁰.

La anotación preventiva de demanda está tipificada como medida cautelar en el número 5 del artículo 727 LEC y, ya antes de la LEC de 2000, se había señalado la naturaleza cautelar de esta medida, dada su finalidad de dotar de plenos efectos jurídicos la ulterior sentencia judicial sobre el objeto de la demanda de impugnación⁵¹. A través de la anotación preventiva, tal como expone CALLEJO CARRIÓN⁵², se pretende aprovechar la publicidad que ofrecen los registros públicos para advertir a los terceros de la existencia de un litigio sobre un bien o derecho inscrito y que, en consecuencia, deberán estar y pasar por lo que en el proceso suceda.

En cuanto a su naturaleza jurídica, encajaría dentro de las medidas de aseguramiento entendiéndose por tales, en palabras de ORTELLS RAMOS⁵³, aquellas que “tienden a mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con total plenitud” Por tanto, no producen una satisfacción adelantada de la pretensión deducida en el proceso principal y, por suponer la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión

50. Seguirán siendo de aplicación los artículos 155 y 156 y el artículo 157 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1748/1996, de 19 de julio, sobre anotación preventiva de demanda de impugnación y sobre anotación preventiva de la suspensión de acuerdo social, respectivamente. (DE LA VEGA GARCÍA F.L., “Aspectos mercantiles de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op.cit.*, pág. 1.963).

51. ALCALÁ DÍAZ, M^a A., *La impugnación de acuerdos del Consejo de Administración de Sociedades Anónimas*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 467. En relación con las posturas anteriores a la Ley de Enjuiciamiento civil sobre esta cuestión se puede consultar MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, *op.cit.*, págs. 18 y 19.

52. CALLEJO CARRIÓN, S., “Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales”, *op.cit.*, pág. 1.771.

53. ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, *op.cit.*, pág. 138.

de la sentencia, siempre que resulten eficaces para posibilitar la efectividad de la sentencia, deberán ser las que se adopten por el tribunal (art. 726.1.2º LEC).

Se trata de una medida autónoma respecto a la anotación preventiva de la suspensión del acuerdo impugnado que se adoptará como acto de ejecución de la medida cautelar de suspensión, una vez concedida ésta. En este sentido, señala MARTÍN PASTOR⁵⁴ que la función de la anotación preventiva de demanda es la de enervar la buena fe de los terceros que contraten con la sociedad demandada con posterioridad a la impugnación del acuerdo, y la de la suspensión y su correspondiente anotación preventiva la de evitar que entre en juego el principio de fe pública registral con posterioridad a la suspensión del acuerdo. A este respecto pone de manifiesto que con la adopción de la suspensión y la práctica de la correspondiente anotación no siempre se puede enervar la eficacia de la fe pública registral respecto a terceros que contraten con la sociedad, ya que la anotación de la suspensión no se puede llevar a cabo hasta que sea firme la medida de suspensión, de manera que puede ocurrir que durante el tiempo que transcurre desde la solicitud de suspensión y su resolución la sociedad contrate con terceros que, protegidos por el principio de la fe pública registral, queden inmunes frente a los efectos de la eventual sentencia estimatoria de la acción de impugnación. Para evitar esta situación, el autor citado aconseja que, junto a la medida de suspensión, se solicite también siempre la anotación preventiva de la demanda de impugnación, la cual, en caso de adoptarse, siempre tendrá un acceso más rápido al Registro Mercantil que la de suspensión.

Los presupuestos para la adopción de esta medida son los generales del artículo 728 LEC, sin que se plantee especialidad alguna en relación con ninguno de ellos. Habrá que acreditar por tanto, en primer lugar, la concurrencia del *fumus bonis iuris*. A este respecto, la pretensión procesal deducida en la demanda debe hacer referencia a la impugnación de un acuerdo social inscrito o inscribible, y la situación jurídica cautelable consistirá en el derecho subjetivo o interés jurídico del impugnante lesionados por el acuerdo que se impugna. Para acreditar este extremo, lo mismo que se ha comentado en el caso de la suspensión de acuerdos societarios, bastará presentar la certificación del acuerdo que se impugna solicitada por el actor que ahora pide la anotación, pudiendo también cumplir esta función de acreditamiento el acta notarial de la junta en la que se hayan adoptado los acuerdos objeto de impugnación o la aportación de documentos expedidos por la sociedad, en cumplimiento de la diligencia preliminar de exhibición de documentos prevista en el artículo 256. 1.4º LEC⁵⁵.

En segundo lugar, será necesario justificar el *periculum in mora*. En el caso de la anotación preventiva, el peligro que se pretende conjurar es el del juego de la fe pública registral durante la pendency del proceso.

54. MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, op.cit., págs. 142 y 143.

55. Vid. en este sentido, para la situación anterior a la LEC 2000, MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, op.cit., pág. 135.

Por último, será obligatoria la prestación de caución para responder de los daños y perjuicios que la medida pueda ocasionar a la sociedad demandada. A este respecto hay que tener en cuenta que, como señala MARTÍN PASTOR⁵⁶, dada la publicidad registral que caracteriza esta medida, realmente se pueden causar graves perjuicios a la sociedad demandada, ya que quienes van a realizar alguna operación con la misma sobre la base del acuerdo impugnado, pueden frenarse a la hora de contratar con aquella, al observar en el Registro que tal acuerdo puede llegar a declararse inválido, con el consiguiente daño para la economía y para el prestigio comercial de la misma.

En cuanto a la tramitación de la solicitud de la medida cautelar, cabe destacar que, tratándose de una anotación preventiva de demanda, considero que no debería admitirse antes de su interposición, pues sin demanda que anotar la medida cautelar no tendría sentido ni objeto⁵⁷. Por otro lado, a diferencia de la solicitud de suspensión del acuerdo impugnado y de su anotación, que sólo se concede a quienes reúnen los porcentajes mencionados más arriba, la anotación preventiva podrá instarse por todos los que estén legitimados para la impugnación del acuerdo. Por tanto, tratándose de un acuerdo nulo, podrán pedir la anotación preventiva de la demanda cualquier accionista, los administradores, o cualquier tercero que acredite interés legítimo (art. 117.1 TRLSA); cuando se trate de un acuerdo anulable, cualquier accionista que hubiese hecho constar en acta su oposición al acuerdo, que estuviese ausente o que hubiera sido privado ilegítimamente del voto, así como los administradores.

56. MARTÍN PASTOR, J., *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...*, *op.cit.*, pág. 137.

57. En este sentido, CALLEJO CARRIÓN, S., "Las medidas cautelares en el proceso de impugnación de acuerdos sociales", *op.cit.*, pág. 1.772.

EL ARBITRAJE EN LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES

ALFREDO BAYANO SARRATE
Profesor de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción	85
2. Argumentos para negar la arbitrabilidad	87
3. Cambio y revisión de la postura anterior	89
4. Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad	95
5. A modo de conclusión	96

1. Introducción

Tanto nuestra vigente Ley de Sociedades Anónimas, como la de Sociedades de Responsabilidad Limitada, reconocen a los socios el derecho a incorporar en la escritura social los pactos y condiciones que juzguen convenientes, con el único límite de que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la sociedad (anónima o limitada).

Este reconocimiento a la libre autonomía de la voluntad de los socios no es sino un fiel trasunto del mismo principio consagrado en el artículo 1255 de nuestro Código civil.

Pudiera parecer que, sobre la base de tal principio, no debería existir duda alguna sobre la incorporación en la escritura social de un convenio arbitral para la solución de los conflictos surgidos en el seno de la sociedad. No obstante, pocas materias han sido –ni son– tan *poco pacíficas* para la doctrina ni para la jurisprudencia.

Sin rastrear, más allá de lo preciso, los antecedentes históricos del arbitraje societario, sí resulta de interés la cita –recurrente– de las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (Capítulo diez, número XVII) donde se imponía como obligatoria la inclusión de cláusula arbitral al constituir una Compañía:

“Y porque al fin de las Compañías estandose ajustando sus quantas se suelen subcitar entre los interesados de ellas muchas dudas, y diferencias, de que proceden pleytos largos, y costosos, capaces de arruynar à todos, como la experiencia lo ha mostrado; por evitar semejantes daños, y para que las tales dudas, diferencias y pleytos sean dezididos sumariamente, se ordena; que todos los que formaren Compañía ayan de capitular, y poner clausula en la Escripura que de ella otorgaren, en que digan, y declaren, que por lo tocante à las dudas, y diferencias que durante ella, y à su fin se les puedan ofrecer, se obligan, y someten al juicio de dos ò mas personas practicas que ellos, ò los Jueces de Oficio nombraren, y que estarán, y pasarán por lo que sumariamente juzgaren, sin otra apelacion, ni pleyto alguno; cuya clausula se les hará guardar, y observar, baxo de la pena convencional, que tambien deberá imponerse, ò la arbitraria que los Juezes les señalaren.”

Un siglo más tarde, el Código de Comercio de Sáinz de Andino, de 1829, regulando las compañías de comercio establecía en su artículo 323 que *“toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad”*.

De nuevo se impone el arbitraje forzoso para solventar las diferencias en el seno de las compañías de comercio. Pero, sin duda, aunque ya se conocía en Europa la sociedad anónima desde principios del siglo XVII, lo cierto es que la sociedad típica cuando se promulga el Código de Comercio de 1829, era la sociedad de ámbito cerrado o familiar, bajo la forma de colectiva o comanditaria. Y parece lógica, a la vista de la tipología societaria predominante, la previsión de las Ordenanzas de Bilbao cuando para evitar *pleytos largos, y costosos, capaces de arruynar à todos, como la experiencia lo ha mostrado*, impone el arbitraje forzoso en el año 1737; y parece igualmente congruente que tal imposición se mantenga en 1829.

Los legisladores, en las décadas siguientes, dudan entre mantener o suprimir el arbitraje forzoso. Sin pretender profundizar en esta evolución legislativa, cabe citar la *“Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio”*, de 1830, que lo mantenía¹, o el *“Proyecto de Ley Orgánica de los Tribunales de Comercio”*, de 1863, que pretendió suprimirlo.

A mediados del siglo XIX, comienzan a florecer las grandes compañías (Bancos, Ferrocarriles, etc.) con importante número de socios; la *affectio societatis* se diluye en estas sociedades y no parece oportuno al legislador mantener tal solución para los conflictos societarios. Así, la Ley sobre libre creación de Bancos y Sociedades, de 1869, parece excluir el arbitraje societario (forzoso o voluntario) al establecer que las cuestiones que se susciten en esas sociedades *“serán de la competencia exclusiva de los Tribunales”*².

Nada se dice en el vigente Código de Comercio, de 1885, sobre el arbitraje societario lo que lleva a la conclusión de que no se impone como forzoso pero tampoco se prohíbe. Y al amparo de la libertad de pactos que concede el artículo 125, último

1. Mantenía como forzoso el arbitraje para las controversias entre los socios, en concordancia con el artículo 323 del Código de comercio (promulgado sólo unos meses antes), y lo contemplaba como voluntario para las demás cuestiones societarias a las que no le viniera impuesto como obligatorio por el citado artículo del Código.

2. La doctrina de la época entendió que el arbitraje forzoso subsistiría para las sociedades constituidas antes de la entrada en vigor de esta Ley de 1869, pero no para las que se constituyeran en el futuro. Admitiéndose la posibilidad de que los estatutos de las sociedades constituidas con posterioridad pudieran incorporar en sus estatutos el arbitraje, al amparo del art. 2º de esa Ley, que reconocía la libertad de los asociados de consignar en sus estatutos los *“pactos o reglas que estimen convenientes para su régimen y administración”*. Vid.: Muñoz Planas, J.M. *“Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles”*, pág. 398, en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría. Ed. CIVITAS, Madrid, 1978.

párrafo, del C. de co.³, se hacen habituales las cláusulas estatutarias que, con una u otra redacción, someten a arbitraje las cuestiones que se susciten entre la sociedad y sus socios.

Y así, la jurisprudencia del T.S. en la primera mitad del siglo XX se muestra favorable a la posibilidad de someter a arbitraje las impugnaciones de acuerdos sociales⁴. Esta postura de nuestro T.S. cambió diametralmente con la promulgación de la Ley de Anónimas de 1951. La fundamentación del cambio jurisprudencial se basó –entre otros argumentos– en el hecho de que la Ley de Anónimas regulaba, en su artículo 70, un procedimiento especial de impugnación de los acuerdos sociales en los que *“será Juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el de Primera Instancia...”*. Y que un precepto previo, el artículo 67, decía que *“podrán ser impugnados, según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes, los acuerdos sociales que sean contrarios...”*

Dejemos ahora apuntado que el T.S., en Sentencia de 15 de octubre de 1956⁵, para negar la arbitrabilidad para la impugnación de los acuerdos sociales dice que la Ley de Anónimas *“establece un procedimiento especial, totalmente nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, de derecho necesario por el carácter público y social que lo informa...”*

La postura de la DGRN, durante la segunda mitad del siglo pasado, ha sido de rechazo a la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales, lo que llevó a que los registradores mercantiles calificaran negativamente los estatutos que incluyeran cláusulas en tal sentido.

2. Argumentos para negar la arbitrabilidad

Las principales objeciones en que se apoyaba la postura contraria al arbitraje societario eran, básicamente, las siguientes:

- a. Una norma estatutaria no puede configurarse como convenio arbitral⁶. En apoyo de esta tesis se argumentaba que el convenio arbitral es un con-

3. *“Se podrán también consignar en la escritura todos los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios quieran establecer”*

4. SSTS de 26 de abril de 1905 y de 9 de julio de 1907.

5. Primera Sentencia en que el T.S. aborda el tema que nos ocupa, tras la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953.

6. La calificación registral del Registro Mercantil de Barcelona, que luego dio lugar a la RDGRN de 19 de febrero de 1998, que más adelante citaremos, denegó la inscripción de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje, sobre la base, entre otros, de este argumento: *“no cabe establecer el arbitraje de modo unilateral por medio de una norma estatutaria, pues el compromiso es un contrato autónomo y principal, aunque pueda incluirse en otro, que requiere*

trato al que las partes deben prestar su voluntad inequívoca y que la adquisición de la condición de socio de una sociedad no puede suponer la voluntad expresa de asumir el convenio arbitral. O que no puede vincular a futuros socios de la sociedad que no la han pactado⁷.

Y el T.S., en Sentencia de 24 de mayo de 1961, entiende que esa cláusula estatutaria es un contrato preliminar de arbitraje, cosa distinta del compromiso arbitral propiamente dicho⁸.

- b. El procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales está sustraído a la libre disposición de las partes. La STS de 15 de octubre de 1956, antes citada, sienta la doctrina que durante las siguientes décadas va a mantener: las normas de la LSA para la impugnación de los acuerdos sociales son de derecho necesario, están totalmente sustraídas a la libre disposición de las partes y excluidas como materia apta para el arbitraje.

Esta objeción procesalista se apoyaba en la existencia de un procedimiento típico, el del art. 70 de la LSA de 1951, *de derecho necesario por el carácter público y social que lo informa*.

Es más, promulgada la vigente LSA, se mantenía la misma tesis; el socio no puede disponer, sometiéndolo a arbitraje, del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, por cuanto que el artículo 48.2 TRLSA, al reconocer como derecho del socio el de impugnar tales acuerdos, lo hace *“en los términos establecidos en esta Ley”*, esto es, –se argumentaba– en los términos de los artículos 115 y ss de la Ley de Anónimas.

- c. La impugnación de acuerdos sociales es materia de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia lógica de la objeción anterior, se predicaba la competencia exclusiva y excluyente de la Jurisdicción ordinaria en esta materia.

Se consideraba que no cabía otra solución al imperativo del art. 118 TRLSA que, en esta materia, establecía que *“será juez competente... , con exclusión de cualquier otro, el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social”*. Y,

el consentimiento de dos o más partes distintas y sin que el prestado para adquirir la titularidad de participaciones sociales se pueda extender a la aceptación de un convenio arbitral que en su día suscribieron los socios fundadores; que la necesidad de esa expresa declaración de voluntad y su forma vienen impuestas por los artículos 5 y 6 de la Ley 36/1988;...”

7. RDGRN de 20 de agosto de 1993.

8. Añadiendo esta Sentencia: *“y que... las partes pueden otorgarlo voluntariamente o, si no lo hacen, compelerse judicialmente a ello por el procedimiento señalado en los artículos 9º y 10º de la Ley (de 22 de diciembre de 1953, de arbitrajes de derecho privado); es evidente que no habiendo sido otorgada la escritura de compromiso de ninguna de las dos formas enumeradas, quedó sin efecto el contrato preliminar de arbitraje... y libre y expedita la vía judicial para la resolución de las divergencias entre los socios...”*

del mismo modo, se apoyaba en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: *“En el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes: 1. Con carácter exclusivo, ... en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos...”*.

- d. El arbitraje no puede versar sobre materias sujetas a leyes imperativas. Esto es, si la relación jurídica estaba regulada por normas de carácter imperativo, el arbitraje quedaba excluido. Esta premisa equiparaba norma imperativa con materia no disponible, lo que llevaba al absurdo no deseado de que una gran parte de las normas de Derecho privado, por ser imperativas, estarían excluidas del arbitraje.
- e. El laudo puede afectar a terceros ajenos al arbitraje, lo que no es admisible. A estos efectos se consideraban terceros tanto al socio que aún no lo era cuando se incorporó a los estatutos la cláusula arbitral, como al administrador de la sociedad, entendiéndose que no podía extenderse la eficacia de la cláusula a aquellos administradores en los que no concurriera la condición de socio⁹.

Y así, se concluía que quienes no hubieran sido socios fundadores o no hubieran votado a favor de una modificación estatutaria para incorporar la cláusula arbitral no podían verse afectados.

3. Cambio y revisión de la postura anterior

Así las cosas, en la década de los años setenta parte de la doctrina inicia una evolución en esta materia, si bien matizando que sólo en sociedades familiares o cerradas cabe el arbitraje sobre impugnación de acuerdos sociales, o bien que no cabría arbitrar sobre acuerdos nulos por ser contrarios a la Ley, sino tan sólo sobre acuerdos anulables.

En el año 1998, la DGRN dicta una Resolución (de fecha 19 de febrero) que viene a solucionar alguna de las tradicionales objeciones antes señaladas. Y el 18 de abril del mismo año 1998 el T.S. dicta una Sentencia sobre la aplicabilidad de una cláusula estatutaria de arbitraje para la impugnación de acuerdos de la Junta General.

Ambas, la Resolución y la Sentencia, han supuesto la revisión de la jurisprudencia, que se había consagrado como reiterada desde la promulgación de la Ley de Anónimas de 1951, cambiando su orientación.

Merece cita la Sentencia del TS, que opta por separarse de la doctrina jurisprudencial imperante argumentando, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“La posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta General y la impugnación de acuerdos sociales fue admitida por esta Sala en sentencias de 26 de

9. En este sentido, MUÑOZ PLANAS, J.M., ob. cit., pág. 421.

abril de 1.905 y 9 de julio de 1.907; la sentencia de 15 de octubre de 1.956 cambió el criterio y negó aquella posibilidad que fue reiterado por las sentencias de 27 de enero de 1.968, 21 de mayo de 1.970, 15 de octubre de 1.971; actualmente, tras las reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, esta Sala debe pronunciarse confirmando la última doctrina o volviendo a la más antigua. Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan, los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje¹⁰.

La doctrina ha debatido ampliamente esta sentencia, criticándola unos autores y alabándola los más. Sin embargo, parece vislumbrarse una clara corriente aperturista, no sólo por parte de la doctrina científica, sino también de la jurisprudencia menor y del legislador.

Los criterios que dejan sentados quienes apoyan la arbitrabilidad, resolviendo las antiguas objeciones, pueden resumirse en los siguientes puntos:

(i) la cláusula de arbitraje incorporada a los estatutos es un auténtico y plenamente efectivo convenio arbitral.

A diferencia de un pacto extraestatutario, si la cláusula arbitral se configura como estatutaria, y se inscribe, vincula a los socios presente y futuros. "El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria". (RDGRN de 18/2/98, que cita, y que acepta, la STS de 18/4/98). El Centro Directivo, en esta Resolución, argumenta que si bien "un pacto compromisorio extrasocial o no inscrito vinculará tan sólo a los contratantes y sus herederos, ... si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros".

Cualificada doctrina entiende que "el convenio arbitral incorporado habitualmente a los estatutos, vinculante para la sociedad y para los socios, es pues un *auténtico y definitivo* convenio arbitral constitutivo de la antigua excepción dilatoria o de la actual declinatoria, sin que pueda reducirse a un simple pacto preliminar de arbitraje¹⁰,...".

10. MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES: "La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje". Rev. Dº Mercantil, nº 238, oct/dic. 2000, pág. 1429.

Tal cláusula vincula no sólo a los socios, presentes y futuros, sino también a los administradores, aunque no sean socios, porque el administrador debe conocer, cumplir y hacer cumplir los estatutos. Y al momento de aceptar el cargo asume los estatutos, como conjunto normativo que regula la vida de la sociedad, de la que él es un órgano: sirva de ejemplo que en los mismos estatutos se regula la duración de su cargo, si es o no retribuido o, tal vez, las garantías que deberá prestar para aceptarlo.

La corriente legislativa parece aceptar este postulado. Cuando se estaba elaborando el texto de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se planteó¹¹ una enmienda de adición para la incorporación de un artículo (el 10 bis), del siguiente tenor:

“1. Podrá válidamente pactarse en los estatutos que todas o determinadas cuestiones litigiosas, que puedan surgir entre los socios, o entre alguno de ellos y la sociedad, o entre aquéllos y los administradores, o entre éstos o entre los administradores y la sociedad, se sometan a arbitraje, entendiéndose aceptada la cláusula arbitral para los futuros socios y por todos los administradores, al adquirir una participación social o aceptar el puesto.”

(ii) la impugnación de los acuerdos sociales es materia disponible.

La nueva Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003 establece en su art. 2.1, que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”. La STS de 18/4/98 estima que “en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo”. Y añade, en frase que ha hecho fortuna entre la doctrina: “la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens* pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas sino al cauce procesal de resolverlas”.

Por tanto, no ha lugar a la cuestión suscitada años atrás, cuando la doctrina admitía la arbitrabilidad de los acuerdos anulables y no de los acuerdos nulos. Ante esta posición de la jurisprudencia ambos, los nulos y los anulables, son susceptibles de sometimiento a arbitraje. En apoyo de la disponibilidad en esta materia, cabe argumentar que si los legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación dejan transcurrir el plazo de caducidad de la acción (40 días para los acuerdos anulables y un año para los nulos), queda en sus manos, es decir, a su disponibilidad, la anulación o no del acuerdo en cuestión.

Si la libre disposición de las partes supone arbitrabilidad, lo contrario, esto es, la existencia de norma imperativa no lleva a la conclusión de que no cabe el arbitraje. La misma STS de 18/4/98 incide en esta cuestión: ...“el carácter imperativo de las

11. Planteada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado. Dicha enmienda, evidentemente, no prosperó.

normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negociado y, por tanto, dispositivo de los mismos”.

Es más, debemos admitir tal posibilidad incluso para los acuerdos contrarios al orden público: el art. 41.1,f) de la Ley de Arbitraje señala como motivo para que pueda anularse un laudo que éste sea contrario al orden público. No que haya versado sobre materias integrantes del orden público, sino que el propio laudo sea contrario a dicho orden. La STS de 18/4/98 así lo afirma, diciendo que “no se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público como excluyente del arbitraje”.

El hecho de que una controversia, en el seno de una sociedad, deba resolverse aplicando normas de orden público no impide que esa controversia pueda ser sometida a arbitraje¹². El árbitro, eso sí, deberá aplicar y respetar esas normas de *ius cogens* al emitir el laudo ya que, de no hacerlo, podría ser anulado por “haber resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje” (artículo 41.1, e) de la Ley de Arbitraje)

(iii) El procedimiento de impugnación de los acuerdos sociales no es un procedimiento especial.

La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 establecía, en su artículo 70, un procedimiento especial para la impugnación de acuerdos sociales, con una única instancia¹³, donde el Juzgado de Primera Instancia instruya y la Audiencia Territorial dictaba sentencia.

Este procedimiento especial, vigente hasta su supresión en 1985 por la LOPJ, *causalizó* en gran manera, como antes hemos visto, las posturas de la jurisprudencia y de la doctrina contra la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos sociales.

La vigente Ley de Anónimas se remitió, en sus artículos 119 a 121 “a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de menor cuantía”; artículos que fueron derogados por la nueva LEC (Ley 1/2000) rigiéndose esta materia, a partir de entonces, por los trámites del juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía¹⁴. No hay base alguna, por tanto, para mantener hoy día el viejo argumento del “procedimiento especial”.

(iv) La impugnación de los acuerdos sociales no es materia de la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios.

12. En este sentido, CARAZO LIÉBANA, M^aJ.: “El arbitraje societario” pág. 54. Ed. Marcial Pons, Madrid 2005.

13. “Contra la sentencia que en única instancia dicte la Audiencia Territorial, sólo cabrá el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal o por quebrantamiento de forma” (art. 70.9 LSA de 1951)

14. LEC., art. 249.1.: “Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:... 3º. Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administradores en entidades mercantiles”

Hemos visto antes cómo se argumentaba, sobre la base de los artículos 118 TRLSA y 22 de la LOPJ, para entender que la competencia de los tribunales ordinarios era exclusiva y excluyente de cualquier otra.

Cuando la LOPJ, en el citado artículo 22, dice que en el orden civil, los juzgados y tribunales españoles serán competentes “con carácter exclusivo, en materia ... de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos...” está refiriéndose a la extensión territorial de la jurisdicción española, como claramente se advierte de la lectura del Título I, de la LOPJ, en donde se incardina el citado artículo 22: “*Título I. De la extensión y límites de la Jurisdicción*”.

Y cuando el artículo 118 de la LSA dice que “*será juez competente. ..., con exclusión de cualquier otro, el Juez de Primera Instancia del lugar del domicilio social*” otra vez debe entenderse referente a la competencia exclusiva del juez del domicilio social, (excluyendo los jueces de otras localidades) sin que nada tenga que ver esa dicción de la norma con la arbitrabilidad o no de la materia. Similar disposición contiene el artículo 117.3 de la Constitución Española cuando dice “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes...” y, de interpretar esa norma con el sentido pretendido para el art. 118 LSA, deberíamos llegar a la conclusión de que todo arbitraje es anticonstitucional.

(v) El ámbito subjetivo de la cláusula arbitral.

Si respecto de los socios fundadores, o de aquellos que lo eran cuando se incorporó la cláusula arbitral a los estatutos, nunca se suscitó cuestión, ya hemos visto antes cómo respecto a los demás socios y a los administradores no socios se mantuvo que no se extendía sobre ellos la eficacia de tal cláusula.

La RDGRN de 19 de febrero de 1998 modificó aquella doctrina afirmando que “... los Estatutos, en cuanto conjunto de reglas llamadas a regir la organización y el funcionamiento de la sociedad, tienen su origen en la voluntad unilateral o plurilateral de los fundadores que son los llamados a integrar su contenido en la propia escritura de constitución”... y si el convenio arbitral se integra “en los propios Estatutos para la solución de las controversias de carácter social, en cuyo caso, por más que puede calificarse como regla para-estatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como lo puedan ser las restricciones a la transmisión de participaciones sociales, la obligación de realizar prestaciones accesorias, el régimen de separación y tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos”...

La ya citada Sentencia del TS, de 18 de abril de 1998, acepta esta tesis remitiéndose expresamente a la trascrita Resolución “que emplea una argumentación que se acepta plenamente por esta Sala”.

Las cláusulas arbitrales usualmente incorporadas a los estatutos de las sociedades mercantiles establecen que las mismas son de aplicación a las controversias sur-

gidas entre la sociedad, todos los socios y los administradores. Sirva de ejemplo la cláusula tipo que propone la Corte Española de Arbitraje¹⁵.

Solución distinta debe darse a la eficacia de la cláusula arbitral respecto de los terceros, ajenos a la sociedad, para solventar las controversias surgidas de sus relaciones con ésta. Sin duda estos terceros, ajenos a la sociedad, ni pactaron ni consintieron en modo alguno esa cláusula, por lo que no podrá afectarles.

Sin embargo, la cuestión sometida a arbitraje por alguno de los legitimados puede ser del interés de los terceros, y el laudo que luego se dicte puede lesionar aquél interés. En tal situación parece factible que se proponga a ese tercero su intervención voluntaria en el procedimiento arbitral¹⁶.

Pero pudiera darse que un tercero “que acredite interés legítimo” interponga demanda de impugnación de un acuerdo nulo ante el correspondiente Juzgado de lo Mercantil, legitimación activa que le concede el artículo 117 TRLSA. Si en esa sociedad los estatutos contemplan la vía arbitral y un socio impugna el mismo acuerdo nulo por esta vía, se dictarían dos resoluciones sobre el mismo asunto que bien pudieran ser dispares. La ley no establece la *vis atractiva* de ninguna de las competencias y la solución no es fácil. ¿Debe el árbitro abstenerse en cuanto tenga conocimiento de que se tramita el procedimiento judicial? Y si se ha dictado ya laudo por el árbitro, sin que haya caducado la acción para que el tercero impugne ¿cabe considerar la cuestión como cosa juzgada?¹⁷. Tan sólo a través de una modificación de las Leyes se pueden armonizar las complejas y distintas situaciones que la realidad puede ofrecer.

15. “1) Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores, se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros, en el marco de la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, de conformidad con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación del árbitro o del tribunal arbitral. 2) Todas las impugnaciones de acuerdos sociales o decisiones adoptados en una misma Junta o en un mismo Consejo de Administración y basadas en causas de nulidad o de anulabilidad, se substanciarán y decidirán en un mismo procedimiento arbitral”.

16. CARAZO LIÉBANA, M^a.J.: Ob. cit., pág. 154. “Si durante el procedimiento arbitral el árbitro estima-se que existen intereses ajenos a las partes y que se verán afectados por el proceso arbitral, podrán comunicarles la posibilidad de intervención en el proceso. Igualmente si estos, aun no siendo comunicados al efecto, tuvieran constancia del procedimiento, podrán provocar su participación. Sobre lo anterior, aunque la Ley de Arbitraje no regula expresamente dicha posibilidad, parece, y así lo ha destacado la doctrina, que no existe impedimento alguno”

17. CARAZO LIÉBANA, M^a.J.: Ob. cit., pág. 240. ...“en el estado actual de la cuestión lo más conveniente es optar por hacer prevalecer la primera resolución dictada en el tiempo, ya que si el derecho ha sido declarado irrevocablemente en ella no puede ser alterado por una resolución posterior. Téngase en cuenta que el principio de inmodificabilidad de las sentencias (y por extensión de los laudos) integra el contenido de la tutela judicial efectiva”.

4. Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad

Hemos visto antes cómo el árbitro deberá aplicar y acatar las normas de *ius cogens* al emitir el laudo y, sin duda, la materia relativa a la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas imperativas, como también lo está gran parte del Derecho societario. Se comprende entonces que, tradicionalmente, se haya discutido la posibilidad de que el arbitraje sobre impugnación de acuerdos sociales pueda dirimirse en equidad, máxime si la controversia suscitada versaba sobre acuerdos nulos¹⁸.

La Ley 36/1988, de 25 de diciembre, de Arbitraje dejaba a la libre elección de las partes el tipo de arbitraje, de Derecho o de equidad, y caso de que éstas no optaran expresamente por el arbitraje de Derecho, los árbitros deberían resolver en equidad (artículo 4.2 LA de 1988).

La vigente Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003, cambia de criterio¹⁹ respecto de la anterior estableciendo como regla general el arbitraje de Derecho: “Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello” (artículo 34.1 LA).

Es de suponer que las cláusulas estatutarias comprensivas del convenio arbitral contengan, para lo sucesivo, la previsión de que –necesariamente– el arbitraje será de Derecho. Sirva de ejemplo la cláusula tipo que propone la Corte Española de Arbitraje (vid. nota nº 15, a pie de página), donde se contempla, como imperativo, este tipo de arbitraje: “...se resolverá definitivamente mediante arbitraje de Derecho por uno o más árbitros”...

No obstante, aún resolviéndose en equidad, no podrán los árbitros sustraerse a la aplicación de las normas imperativas (so pena de ver su laudo anulado total o parcialmente: artículo 41.1.e, LA) ni podrán obviar el mandato del artículo 34.3 LA: “En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”.

Si entendemos recomendable que el arbitraje sea de Derecho, del mismo modo debe recomendarse que el árbitro sea abogado en ejercicio o licenciado en Derecho. La

18. En este sentido, VICENT CHULIÁ, F.: “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, 3ª edic., tomo I, vol. 1º, pág. 619

19. La Exposición de Motivos dice al respecto: “Se invierte la regla que la ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente ya sea a través de una remisión literal a la “equidad”, o a términos similares como decisión “en conciencia”, “ex aequo et bono”, o que el árbitro actuará como “amigable componedor”. No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación”.

Ley de Arbitraje de 1988 así lo imponía en su artículo 12.2: “Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio”. Por el contrario, la LA vigente nada impone al respecto, permitiendo que sean designados árbitros, tanto en los arbitrajes de Derecho como en los de equidad, todas las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 13 LA). Sin embargo, en aras de una mayor y mejor técnica en el laudo, y para los casos en que no se haya encomendado el arbitraje a una institución arbitral, bueno será que en la correspondiente cláusula estatutaria se encomiende el arbitraje de Derecho a licenciado en Derecho²⁰ o a un abogado en ejercicio.

5. A modo de conclusión

La evolución que ha tenido lugar en la última década, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, hace presagiar una aceptación generalizada del arbitraje en materia de impugnación de los acuerdos sociales.

Esta tendencia va teniendo reflejo en la legislación. Sirva de ejemplo la Ley General de Cooperativas de 16 de julio de 1999, en cuya Disposición Adicional Décima²¹ admite este arbitraje. O la Ley de Cooperativas de Cataluña, de 5 de julio de 2002, en su artículo 157.2²².

20. La Ley de Arbitraje de 1988, en su artículo 12.4, no permitía que actuaran como árbitros “los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel”. La mención última de este precepto impidió que, a partir de 1988, actuaran como árbitros los Notarios. Hoy día, derogado aquel precepto, y no impidiéndoles ser árbitros “la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión” (art. 13 LA) cabe afirmar que estos profesionales del Derecho pueden actuar como árbitros.

21. “1. Las discrepancias o controversias que puedan plantearse en las cooperativas, entre el Consejo Rector o los apoderados, el Comité de Recursos y los socios, incluso en el período de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje de derecho regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre; no obstante, si la disputa afectase principalmente a los principios cooperativos podrá acudir al arbitraje de equidad.

“2. Dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas de la posibilidad anterior ni las pretensiones de nulidad de la Asamblea General, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes”.

22. “2. Las cuestiones a que se refiere el apartado 1 pueden ser sometidas, si lo solicitan las partes o lo disponen los estatutos sociales, al arbitraje de la persona o personas que designe el presidente o presidenta del Consejo Superior de la Cooperación, de acuerdo con la legislación vigente. El procedimiento de formalización y tramitación de estos arbitrajes se establece por reglamento. La competencia en materia de arbitraje del Consejo Superior de la Cooperación no excluye la facultad de las partes de someter sus diferencias a otras formas de arbitraje, de acuerdo con lo que dispone la legislación aplicable”.

Y ya con anterioridad a la RDGRN y a la STS, ambas de 1998, tantas veces citadas, la Ley Vasca de Cooperativas, de 24 de junio de 1993, atribuía al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi funciones arbitrales en esta materia²³.

Para la Sociedad Limitada Nueva Empresa, se proponen²⁴ unos estatutos orientativos con la siguiente cláusula: "Artículo 15º.- Toda cuestión que se suscite entre socios, o entre éstos y la sociedad, con motivo de las relaciones sociales, y sin perjuicio de las normas de procedimiento que sean legalmente de preferente aplicación, será resuelta... (a elegir ante los Juzgados o Tribunales correspondientes al domicilio social o mediante arbitraje, formalizado con arreglo a las prescripciones legales)".

En estos ejemplos, y otros más, no se determina qué materias son o no de la libre disposición de las partes. Si la vigente LA nos dice que "son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho" (art. 2.1 LA), en su Exposición de Motivos argumenta que "se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición". Ciertamente, esta determinación no es materia que deba abordar la LA; pero en aras de una mayor seguridad jurídica y de una potenciación del arbitraje en este ámbito, bueno sería que en las distintas leyes societarias sí se recogiera ese elenco de materias disponibles o, quizás mejor, el de aquellas que no lo fuesen.

Parece también conveniente abordar la cuestión de la distinta tipología que la realidad nos ofrece dentro de las sociedades de capital. Pretender una misma regulación en materia de arbitraje societario para las grandes SA y para las sociedades familiares o cerradas sería todo un error. No parece conveniente abrir la vía del arbitraje para las sociedades anónimas cotizadas, mientras que puede resultar un escenario idóneo para las anónimas cerradas y para las sociedades limitadas²⁵.

Y del mismo modo, al redactar una cláusula arbitral en estatutos societarios, los socios debieran especificar si el arbitraje se resolverá en equidad o en Derecho, y en este caso, si se requiere en el árbitro la condición de ser licenciado en Derecho.

23. "Corresponden al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi las funciones siguientes: ... f) Intervenir por vía de arbitraje en las cuestiones litigiosas que se susciten entre las cooperativas, entre éstas y sus socios, o en el seno de las mismas entre socios, cuando ambas partes lo soliciten o estén obligadas a ello a tenor de sus Estatutos, Reglamento Interno o por cláusula compromisoria. En todo caso, la cuestión litigiosa debe recaer sobre materias de libre disposición por las partes conforme a derecho y afectar primordialmente a la interpretación y aplicación de principios, normas, costumbres y usos de naturaleza cooperativa".

24. Ministerio de Justicia. Orden 1445/2003, de 4 de junio, por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la sociedad limitada Nueva Empresa.

25. MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES. Op. cit., págs. 1469 y ss., donde se desarrolla fundadamente la necesidad de distinguir entre sociedades cerradas y sociedades cotizadas.

LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

SARA DÍEZ RIAZA
Profesora Agregada de Derecho Procesal
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Introducción	101
2. Breves antecedentes históricos.....	101
3. La creación de los actuales juzgados de lo mercantil: su marco legal	104
4. Circunscripción y competencias	105
5. Confusa denominación y su pertenencia al orden jurisdiccional civil	109
6. Justificación legal de los juzgados de lo mercantil	111

1. Introducción

La creación de los Juzgados de lo Mercantil ha surgido, no sin críticas pero con una gran aceptación en general¹. La necesidad de una regulación amplia de toda la materia concursal desde todos los puntos de vista legales desde donde puede ser tratada, ya sea mercantil, procesal o laboral hacía necesaria y urgente una regulación específica en esta materia.

Sin embargo, como ocurre en muchas otras ocasiones una reforma es aprovechada para introducir otras modificaciones que tienen que ver o no con la materia principal que se produce. Así, surgen los Juzgados de lo Mercantil, creados en 2003 y puestos en funcionamiento en 2004, como Juzgados especializados y enraizados en el orden jurisdiccional civil, sin que ello haya supuesto la creación de un nuevo orden jurisdiccional y con respeto profundo al principio, consagrado en la Constitución, de unidad jurisdiccional.

La presente ponencia se va a ceñir a analizar brevemente el contexto histórico en que surgen los Juzgados de lo Mercantil, el marco legal que lo regula, las competencias que le han sido atribuidas y, una vez sentadas estas cuestiones previas, partiendo de las mismas, analizaremos lo adecuado de su denominación y las razones que ha utilizado el legislador para justificar su existencia.

2. Breves antecedentes históricos

Los Tribunales dedicados a causas de comercio surgen en nuestro ordenamiento allá por el siglo XIII y van creándose otros nuevos a lo largo de los siglos. Primero,

1. Los mayores detractores de estos Juzgados han sido el procesalista DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil", *Revista Tribunales*, núm. 8-9, agosto-septiembre de 2002, págs. 1 a 10 y, con auténtica vehemencia, el mercantilista EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M^º, "Los juzgados de lo mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica", *La Ley*, vol. 6, D-231, 2002, págs. 1724 a 1727.

nacen en zonas costeras con puerto marítimo, como Valencia, Barcelona o Palma de Mallorca, más adelante en ciudades del interior de Castilla, durante los siglos *xv* y *xvi*, como en la ciudad de Burgos y, como pone de manifiesto GACTO FERNÁNDEZ², se generalizó a otras ciudades como Bilbao, Sevilla, o Madrid. Constituían, lo que en la época se denominaba como Jurisdicción Consular, pues la resolución de estos conflictos se atribuía a los Consulados del Mar.

En el siglo *xviii* Juan Hevia de Bolaños, a través de dos de sus conocidas obras como la Curia Philipica y el Laberinto del Comercio, ambas obras refundidas en una a principios del siglo *xviii*, dan una visión, como expone CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ³, de todo el derecho vigente de la época y de su aplicación en el foro.

Lo que vino a constituir la segunda parte de la obra, el Laberinto del Comercio, estaba dedicado al Derecho mercantil y fue referente en esta disciplina durante más de dos siglos. En la obra se recoge la regulación de los Consulados, denominados como “El Tribunal del Prior”, atribuyéndoles a los cónsules el conocimiento de las causas referidas a los mercaderes en relación con el trato exclusivo de sus mercaderías y ninguna fuera de ellas⁴.

Habrá que esperar hasta Código de Comercio de 1829, o Código de Sáinz de Andino y la Ley de Enjuiciamiento de Causas y Negocios de Comercio de 1830, para que fuesen creados los Tribunales de Comercio, integrados en una jurisdicción especial,

2. En “Historia de la jurisdicción mercantil en España”, *Anales de la Universidad Hispalense*, 1.971, nº 11, págs. 97 y 98.

3. En la “Especialización judicial. Jurisdicción mercantil”, en *Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina*, Guatemala, 20 de octubre de 2004, pág. 4 y ss, (http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_12.pdf).

4. En definitiva, como señala CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *cit*, pág. 4 y 5, y “traducido al lenguaje actual, la competencia objetiva de estos órganos versaba, en esencia, sobre: a) las defraudaciones que los Compañeros o factores hicieren a la hacienda de sus amos; b) los delitos cometidos por los mercaderes en relación con la mercancía; c) la contratación mercantil (“trueques, compras y ventas de mercaderías... validación o nulidad de estos contratos, ó distractos, guarda de sus pactos, ó condiciones, rescisión, defecto, o engaño, o dolo, y lesión en ellos, y en sus cosas y precio, paga de él, y entrega de ellas, y de su saneamiento, y lo demás tocante á los dichos trueques, compras, ventas, cosas, y precio de que se hacen...”); d) el derecho concursal (“...de paga y prelación, concurso, y graduación de deudas procedidas de mercadería, y mercancía, por ser ella cuerpo universal, en que el precio de ella se subroga en su lugar, y se comprende...también de las esperas, y quitas, y cesión de bienes que se pidieren por otras deudas, de que tratan unas Leyes reales”); e) el derecho cambiario (“...de cambios, y bancos, y sus letras pagadas, y cosas que de ellos proceden...”); f) el derecho de seguro (“...seguros de riesgos de mercancía, paga de su precio, y de lo que se perdiere, y de las demás cosas á ello tocantes...”); g) de derecho marítimo y transporte en general (“...de fletamentos, y alquileres de Navíos, Requas, y Carretas, en que se lleva la Mercancía...”).

la mercantil, en aquellas ciudades donde ya existían los Consulados del Mar. También les atribuían competencias a las Audiencias pero basadas fundamentalmente en la apelación de las causas conocidas en primera instancia por los Tribunales de Comercio, e incluso una tercera instancia y un recurso contra las sentencias definitivas, denominado de injusticia notoria. Sin embargo, los Tribunales de comercio desaparecieron con el Decreto de Unificación de Fueros de 1868.

En esta materia BANACLOCHE PALAO⁵, hace una exposición, según su criterio, sobre cuáles fueron las causas por las que desaparecieron los antiguos Tribunales de Comercio y las condesa manifestando que fueron razones de agilidad, tales como evitar las dilaciones ocasionadas por los conflictos de jurisdicción, razones de sencillez, como la de unificar los órganos de primera instancia y, razones de eficacia, sobre todo para lograr una única interpretación de las normas. Aunque fueron otras razones menos generales las que llevaron a su desaparición tal como el trato desigual que recibían los no comerciantes frente a los comerciantes, los abusos contra los litigantes extranjeros y los excesivos gastos que generaba el proceso⁶. A todo ello hay que añadir la insistencia de lo contenido en el Decreto de 1868 respecto a la ausencia de una segunda instancia especializada⁷.

5. *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen Jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, págs. 85 y ss.

6. A estas causas podríamos añadir otras con CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *cit.*, pág. 8, como “circunstancias tales como el proteccionismo surgido en la época de la Codificación, con el consiguiente cierre de fronteras al derecho extranjero y la sistematización jurídica que habría de desembocar en procesos más complejos, dieron al traste con esa realidad”.

7. En este Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 se dispuso que “...la diversidad de fueros, por razón de las personas que litigan, no tiene razón de ser; que no hay motivos justos que la abonen, porque de otro modo la opinión pública, no se hallaría tan fuertemente pronunciada contra su existencia. Y hay razón sobrada para ello. La administración de fueros embaraza a la Administración de Justicia y empeñados conflictos entre las diversas jurisdicciones, se difiere por mucho tiempo de la represión que la Ley demanda, cuando sus prescripciones han sido holladas o desconocidas por los que son súbditos. ... Pero no paran aquí los perjuicios. Con la diversidad de fueros son múltiples las jurisdicciones encargadas de aplicar unos mismos Códigos; y no reconociendo un Tribunal Superior común que fije la inteligencia de la Ley, que uniforme la jurisprudencia, que ejerza alta inspección sobre todos ellos, de manera que pueda obligar con sus repetidos fallos a los encargados de administrar justicia, sin distinción, se atemperan a las doctrinas legales que sanciona, las más contrarias interpretaciones se consagran ejecutorias, los más absurdos principios se enseñorean en el foro, la más ruidosa confusión prevalece en él, que redundando en perjuicio de los particulares, que no sabe a fijamente cuáles son sus derechos, dada la divergencia en el modo de entender la voluntad del legislador, y de los mismos Tribunales, que desautorizan con sus encontradas declaraciones.”

3. La creación de los actuales juzgados de lo mercantil: su marco legal

Si bien nos referiremos a la creación de *iure* de los Juzgados de lo Mercantil y de la Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, no debemos pasar por alto lo que, de *facto*, se venía ya realizando en Barcelona, ya que la Sección decimoquinta de la su Audiencia Provincial, por vía de las normas de reparto, le atribuyó el conocimiento de materias muy parejas a las que la Ley ha venido a asignarles a estos órganos jurisdiccionales⁸.

El marco de todas las reformas sucesivas en materia de justicia lo estableció precisamente, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito el 28 de mayo de 2001 entre el Gobierno y los principales partidos de España, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, donde ya se preveía la creación de estos Juzgados especializados dentro del orden civil.

En el apartado cuarto del Pacto, haciendo referencia al mapa Judicial, contiene la siguiente declaración: "Se aprobará un nuevo mapa judicial que permita agilizar y acercar la Justicia al ciudadano. El nuevo mapa judicial se establecerá con criterios que permitan ajustar la organización a la carga de trabajo existente en cada parte del territorio nacional. Se potenciará la Justicia de Proximidad, de manera que haya Juzgados más cercanos al ciudadano. Se contemplará la creación de un nuevo órgano unipersonal: el Juzgado de lo Civil, que permitirá aligerar de su actual carga de trabajo a los Juzgados de Primera Instancia, será pieza esencial para acercar la Justicia al ciudadano. Se avanzará en el diseño de juzgados especializados en materia mercantil. Se contemplará el desarrollo de los Juzgados de Familia. En el orden penal, se procederá también a redefinir el ámbito de los Partidos Judiciales más grandes, creando órganos cercanos".

Pues bien, lo que formalmente se había anunciado en el Pacto, y lo que desde muchos ámbitos se reclamaba, se plasmó en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la reforma concursal que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁹ y en Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹⁰.

Así, según lo establecido en la Disposición Final Segunda de la LO 8/2003, la entrada en funcionamiento de los juzgados de lo mercantil se pospuso al día 1 de septiembre de 2004.

8. Cómo así lo pone de manifiesto ARRIBAS HERNÁNDEZ, A., "La especialización judicial en materia mercantil", *Cuarto Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina*, Madrid, 3 a 5 de octubre de 2005, pág. 4, http://www.oepm.es/internet/infgral/ponencias/sem_jueces_05/Modulos/Mod7Asp_03.pdf, quien destaca la magnífica labor realizada y el reconocido prestigio de los magistrados que integran la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

9. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

10. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

Como complemento de las anteriores normas se aprobó el Acuerdo Reglamentario 7/2003, de 23 de septiembre, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, en lo relativo a la especialización de Miembros de la Carrera Judicial en los asuntos propios de los órganos de lo Mercantil¹¹.

4. Circunscripción y competencias

La regla general es que su circunscripción se ciñe a una provincia con sede en su capital. Excepcionalmente, podrá haber Juzgados de lo Mercantil con circunscripción inferior a la provincia, siempre que así lo aconseje la mayor población, la concurrencia de núcleos industriales o la propia actividad económica que se desarrolla en la misma, no obstante, también su circunscripción podrá ser superior a la de una provincia atendiendo al escaso número de pleitos previstos, pero siempre de la misma Comunidad Autónoma¹².

Nos hacemos eco de lo manifestado ya por ARRIBAS HERNÁNDEZ¹³, sobre la inconveniencia de una circunscripción provincial, pues el número de especialistas que, en un principio, ello ha requerido ha sido excesivo, tampoco todas las provincias tienen el mismo volumen de asuntos mercantiles, por lo que hubiera sido aconsejable y más prudente empezar por una circunscripción autonómica, y después ir creando Juzgados en determinadas provincias, dependiendo del volumen de asuntos a resolver. Con ello, se hubiese conseguido mejor preparación *ab initio* de los que han cubierto dichos Juzgados, más tiempo para especializarse los siguientes, y una distribución más racional del trabajo. Lo cierto es que por seguir una atribución uniforme de competencias a los órganos unipersonales más especializados en los diferentes órdenes jurisdiccionales, como los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o los Juzgados de lo Social, se le ha concedido a los Juzgados de lo Mercantil, la misma circunscripción provincial que a los enumerados de otros órdenes, sin tener en cuenta otras circunstancias.

Lo cierto es que en parte la cuestión anterior se ha mitigado, por la existencia de Juzgados con competencia compartida y no exclusiva en materia mercantil ya que,

11. BOE núm. 280, de 22 de octubre de 2003.

12. Así lo dispone el artículo 86 bis LOPJ estableciendo que:

"1. Con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil.

2. También podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando, atendidas la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica, lo aconsejen, delimitándose en cada caso el ámbito de su jurisdicción.

3. Podrán establecerse juzgados de lo mercantil que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma, con la salvedad de lo previsto en el apartado 4 de este artículo...."

13. *Cit.*, pág. 8 y 9.

podemos afirmar que en la actualidad existen diferentes clases pues hay Juzgados de lo Mercantil con competencias exclusivas pero coexisten con otros Juzgados de Primera Instancia con competencias civiles y mercantiles y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencias civiles, penales y mercantiles¹⁴.

La redacción dada por la LO 8/2003, al Anexo XII de la Ley de Demarcación y Planta Judicial previó la creación de sesenta y cinco Juzgados de lo Mercantil, prácticamente uno por provincia salvo 7 para Madrid, 6 para Barcelona, 2, para Alicante, 2 para Bilbao, 2 para Pontevedra y 2 para Valencia

La única excepción viene establecida para los Juzgados de lo Mercantil de Alicante que, cuando actúen como Juzgados de Marca Comunitaria, tendrán circunscripción en toda España¹⁵.

Las materias que comprenden *la competencia objetiva* que se ha atribuido a estos Juzgados de lo Mercantil podemos agruparlas en dos clases, unas de contenido estrictamente concursal y otras mercantiles pero de carácter no concursal.

Las estrictamente concursales son las recogidas en el artículo 86.ter.1 LOPJ y 8 y 9 de la Ley concursal, así con carácter exclusivo y excluyente conocerán:

1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento civil Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal.
2. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea emplea-

14. Los artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto 1649/2004, de 9 de julio, por el que se dispone la creación de una plaza de magistrado, de la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, y la creación y constitución de determinados juzgados, todos ellos con competencia mercantil, correspondientes a la programación del año 2004, regula la compatibilización de materias mercantiles con las del resto del orden jurisdiccional civil por parte de distintos juzgados en funcionamiento, estableciéndose para los Juzgados de Huelva, Jaén, Huesca, Teruel, Ávila, Burgos, Palencia, Salamanca, Segovia, Soria, Zamora, Albacete, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara, Toledo, Castellón, Badajoz, Cáceres, Lugo, Ourense, Navarra, Álava y la Ciudad de Melilla.

15. El artículo 86 bis. 4 establece que "Los juzgados de lo mercantil de Alicante tendrán competencia, además, para conocer, en primera instancia y de forma exclusiva, de todos aquellos litigios que se promuevan al amparo de lo previsto en los Reglamentos números 40/94, del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 6/2002, del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. En el ejercicio de esta competencia dichos Juzgados extenderán su jurisdicción a todo el territorio nacional, y a estos solos efectos se denominarán Juzgados de Marca Comunitaria".

dor el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

3. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.
5. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.
6. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.
7. La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.

Las competencias mercantiles no concursales son las recogidas en el artículo 86 ter, párrafo 2, de la LOPJ, a saber:

1. Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
2. Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
3. Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
4. Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
5. Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.

6. De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado.¹⁶

7. De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado¹⁷.

En lo que atañe a la *competencia funcional* se atribuye el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil a dos órganos diferentes, dependiendo de la materia de que se trate¹⁸. Así, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia se le atribuirá el conocimiento de los recursos interpuestos en materia laboral, y contra las resoluciones que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia¹⁹. Y el resto de los recursos de apelación serán atribuidos a la Sección especializada en materia mercantil de la Audiencia Provincial²⁰.

16. Cuando se persigan los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción, limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones, repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos, con las salvedades previstas en el artículo 81.2 del Tratado.

También, según lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado, se perseguirá la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo y que consistan, particularmente, en imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas, limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva, subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

17. Los asuntos referidos en este artículo son: nombramiento judicial de árbitros, asistencia judicial en la práctica de pruebas, adopción judicial de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo siempre que vengan referidos a asuntos mercantiles.

18. Vid. GIBERT POMATA M., "Las novedades procesales del concurso. Los Juzgados de lo Mercantil", en *Revista ICADE*, nº 61, 2004, págs. 62 a 64. en donde se expone de una manera breve y sistemática los recursos posibles y los órganos competentes.

19. Vid. art. 75.2 LOPJ.

20. Vid. art. 82.4 LOPJ.

Respecto a la *competencia territorial*, el fuero legal que se establece es el lugar donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales, siendo determinado este concepto por el artículo 9 de la LC definiéndolo como el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses.

Además determina fueros alternativos, a elección del acreedor, pues si el deudor tuviese en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél. No obstante, si se presentan distintas solicitudes de declaración de concurso, en Juzgados diferentes, la ley se decanta a favor del primero en que se hubiese presentado (*prior tempore, potior in iure*).

Existe una presunción *iuris et de iure* pues si el deudor es persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social, y para evitar fraudes dispone que será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Contempla otra posible situación que se ciñe al supuesto de que si el centro de los intereses principales no se hallase en territorio español, pero el deudor tuviese en éste un establecimiento, entendido como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes, será competente el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique y, de existir varios, donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección del solicitante. Pero los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará *concurso territorial*, se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España.

Finalmente, en cuanto a la competencia territorial, si se solicita una declaración conjunta de concurso de varios deudores o se trata de una acumulación de concursos, predomina el juez del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

La falta de competencia territorial podrá ser denunciada de oficio o a instancia de parte mediante la declinatoria de competencia según lo dispuesto en los artículos 10.5 y 12 de la LC.

5. Confusa denominación y su pertenencia al orden jurisdiccional civil

Parece un absurdo que dos leyes aprobadas en el mismo día con tramitación parlamentaria paralela puedan utilizar terminología diferente para referirse al mismo órgano jurisdiccional, pues mientras la Ley que opera la reforma de la LOPJ hace una denominación uniforme respecto de los Jueces de lo Mercantil, sin embargo la Ley Concursal, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el mismo día de la anterior se refiera a los mismos Juzgados de lo Concursal o incluso para denominar impropriamente a los Magistrados que conocen de esta materia, Juez del Concurso, pues si

bien son órganos unipersonales, éstas plazas son cubiertas por aquéllos que poseen la categoría de Magistrados.

Lo primero, a la vista de las competencias que le han sido atribuidas habrá que determinar si la denominación adecuada es una u otra. Lo cierto es que, como hemos visto en el apartado anterior, además de las competencias estrictamente concursales tienen estos Juzgados atribuidas otras, como las sociales o laborales relacionadas con las primeras u otras materias mercantiles no concursales lo que nos podría hacer descartar que la denominación de Juzgados de lo Mercantil sea la correcta, aunque más incorrecta es la denominación de Juzgados de lo concursal, por ello optamos por la primera.

Pero como señala DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ²¹ lo primero fue lo concursal, y él mismo critica la denominación, pues no toda la materia que conoce es estrictamente mercantil, poniéndole el énfasis en la atribución de materia no sólo jurídico-privada. Además podemos añadir, que no toda la materia mercantil va a ser conocida en primera instancia por los Juzgados que llevan el mismo nombre, por tanto ni son mercantiles todas las que están ni están todas las que son.

En todo caso el legislador ha reflejado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003 que los crea manifestando que "denominación de estos nuevos juzgados alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que extienden su competencia son exclusivamente mercantiles".

Lo que está claro, como ha manifestado LORCA NAVARRETE²² es su encuadramiento en el orden jurisdiccional civil, sin que suponga la creación de un orden jurisdiccional nuevo. Por tanto, las reticencias que se han formado en toda esta cuestión, fundamentalmente cuando se argumenta que ello va a suponer una vuelta atrás, es decir a la situación anterior al Decreto de Unificación de Fueros de 1868, es ciertamente exagerado, pues con estos Juzgados no se crea un orden jurisdiccional diferente al civil, ni supone una fractura de este orden, ni implica la restauración de la jurisdicción especializada de comercio como indica EIZAGUIRRE BERMEJO²³.

Además como acertadamente señala BANACLOCHE PALAO²⁴, si se hubiese querido crear un orden jurisdiccional diferente, se tendrían que haber reformado los artículos 9 a 22 de la LOPJ, y la LO 8/2003, no los enmienda, y por sentido común, han de ubicarse dentro del orden jurisdiccional civil tanto por las materias objeto de su conociemien-

21. *Cit.*, pág. 7.

22. "Los Juzgados de lo Mercantil. En particular los Juzgados de Marca Comunitaria" en *La nueva Ley concursal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004, pág. 32 y ss.

23. *Cit.*, pág. 1726.

24. *Cit.*, págs. 84 y anteriores.

to como por la situación que tiene en la LOPJ, entre los Juzgados de Primera Instancia y los órganos unipersonales del orden penal.

Por si esto no fuera suficiente, la tan ya traída Exposición de Motivos de la LO 8/2003, es muy clara al respecto ya que, sin género de duda, coloca a estos Juzgados en el orden jurisdiccional civil manifestando que “la creación de estos nuevos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil, de cuya necesidad incuestionada se ha hecho eco expresamente el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001, responde a un doble propósito. Por una parte, dar respuesta a la necesidad que plantea la nueva Ley 22/2003, Concursal, que atribuye al juez del concurso el conocimiento de materias pertenecientes a distintas disciplinas jurídicas y que, hasta el día de hoy, estaban asignadas a diferentes órdenes jurisdiccionales, lo que exige del titular del órgano jurisdiccional y del personal al servicio del mismo una preparación especializada”.

6. Justificación legal de los juzgados de lo mercantil

Analizando la legislación vigente sobre esta materia y las opiniones vertidas por la doctrina más autorizada, trataremos de exponer las razones que han alentado a la creación de estos Juzgados con cierta oposición de parte de un sector doctrinal.

6.1. Carácter universal del concurso

Una de las razones más argumentadas a la hora de establecer motivos favorables para su creación es el carácter universal del concurso, pues afecta a todo el patrimonio del deudor, lo que justifica la atribución de materia tan variada con carácter exclusivo y excluyente a estos Juzgados²⁵. Es verdad que estos Juzgados no conocen exclusivamente de materia concursal, como veremos a continuación, pero no se puede negar que su actividad principal está centrada en la misma.

Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la reforma concursal que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el párrafo II, desarrolla esta cuestión manifestado que: “el carácter universal del concurso justifica la concentración en un sólo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como de-

25. También la Jurisprudencia ha tenido ocasión de remarcar el “carácter universal del concurso, justificativo de la concentración en el Juez del concurso de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, otorgándole al efecto una jurisdicción exclusiva y excluyente”, en el auto de 21 de abril de 2005 del Juzgado de lo Mercantil de Santander, recogido por LÓPEZ APARCERO, A., *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pág. 67.

terminados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado”.

6.2. Necesidad de especialización del juzgador

El legislador aboga por la especialización pues se atribuye a un único Juez el conocimiento de todas las materias derivadas del concurso y la variedad de materias producidas por “la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo y su repercusión en las diferentes ramas del ordenamiento aconseja avanzar decididamente en el proceso de la especialización”²⁶.

Sin embargo, no toda la doctrina se manifiesta proclive a la creación de Juzgados especializados partiendo de la realidad española, tal es el caso de Díez-Picazo Giménez²⁷, quien refiriéndose a la creación, en general, de juzgados especializados duda de su efectividad. Este autor utiliza como argumentos en contra de la especialización, entre otros, cuestionar si es mejor juez el juez especializado que el general, por decirlo de algún modo, se cuestiona también hasta dónde ha de llegar la especialización de los jueces y si la realidad española puede permitirse, económicamente hablando, la creación de unos juzgados especializados.

Si bien es cierto que en los países de nuestro entorno no existen órganos jurisdiccionales profesionales especializados en materia mercantil, sin embargo, la excepción la encontramos al lado de nuestra frontera, en Francia, donde existen los Tribunales de comercio y el Tribunal marítimo comercial.

El Tribunal de comercio enjuicia los litigios que surgen entre comerciantes en el ejercicio de su profesión, entre socios de una sociedad comercial, los conflictos que surgen de la venta de fondos comerciales, los conflictos entre comerciante y no comerciantes. La competencia se circunscribe al conocimiento, en última instancia de las demandas cuyo importe sea igual o superior a cuatro mil euros. Pero no son jueces profesionales los que componen estos tribunales franceses, ya que está compuesto por un presidente y por un número variable, en ocasiones de al menos tres jueces no profesionales. Estos jueces no profesionales se eligen por un periodo de dos a cuatro años por representantes de los comerciantes y de los industriales. Su circunscripción es departamental donde se establecen uno o varios²⁸.

Por otro lado, el Tribunal Marítimo comercial, se constituye sólo en aquellas ocasiones en las que sea necesario enjuiciar determinadas infracciones marítimas como las cometidas por el personal de un barco, determinadas infracciones por quebran-

26. Vid. el Parágrafo II de la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio.

27. En “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Revista Tribunales*, núm. 8-9, agosto-septiembre de 2002, págs. 1 y ss.

28. Vid. Code de l'organisation judiciaire, arts. L411-1 a L411-7.

tamiento de las reglas de seguridad o de circulación marítimas, e incluso delitos relacionados con la profesión de marino. Su composición es de cuatro asesores, uno debe ser juez del Tribunal de Gran Instancia de la circunscripción del Tribunal, un inspector de navegación o de la marina mercante, un capitán de navegación y un marino de igual grado del que se juzga.

Creemos que la reserva de determinados asuntos a determinados juzgadores puede ser el origen de las razones más importantes argumentadas por la doctrina, ya sea con apoyo legal u otros tipos de apoyo como de carácter sociológico o económico, que han sido condensadas, expuestas y desarrolladas por PICÓ I JUNOY²⁹ así junto con la especialización de los Tribunales, se refiere a la mejora de la calidad de las sentencias, la mayor celeridad de los procesos, el aumento de la seguridad jurídica y la mejor distribución del trabajo.

Si bien a día de hoy no se ha establecido un Juzgado de lo Mercantil exclusivo por Provincia, porque tampoco es realmente necesario, ni todas las Audiencias Provinciales tienen una sección especializada para la materia mercantil, lo cierto es que, según demuestran las estadísticas judiciales, se consigue un reparto más equilibrado del número de asuntos, llegando a una media más que razonable como podemos ver en la tabla comparativa ³⁰ siguiente:

Año 2006 Trimestre 1 al 4	Asuntos	SENTENCIAS		AUTOS	
		SENTENCIAS	MEDIA POR ÓRGANO	AUTOS	MEDIA POR ÓRGANO
JURISDICCIÓN CIVIL	Nº				
Juzgados de 1º Instancia	541	135.718	250,87	44616	816,30
Juzgados de lo Mercantil	67	7.214	107'67	8.155	121,72
Juzgados de Violencia sobre la Mujer	445	3.830	8,61	4.623	10,84
Juzgados de Familia	79	63.375	802,22	41.697	527,81
Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción	1.029	155.375	151,47	356.055	346,02

29 En "Los Juzgados de lo Mercantil", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 3, 2004, págs. 50 a 53.

30 Estos datos son reproducidos de los que aparecen recogidos en la página web del Consejo, así: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

Año 2006 Trimestre 1 al 4	Asuntos	SENTENCIAS		AUTOS	
JURISDICCIÓN CIVIL	Nº	SENTENCIAS	MEDIA POR ÓRGANO	AUTOS	MEDIA POR ÓRGANO
Juzgados de Menores	78	2.800	35,90	27.457	352,01
Audiencias Provinciales. Secciones Cíviles	91	51.316	593,91	22.674	249,16
Audiencias Provinciales. Secciones Mixtas	51	16.421	321,98	6.224	122,04
Tribunales Superiores de Justicia. Sala de lo Civil y lo Penal	17	122	7,18	193	11,35
Juzgados Centrales de Menores	1	0	0,00	5	5,00
Tribunal Supremo. Sala 1ª	1	1.340	1.340,00	4.232	4.232,00
TOTAL	1.949	437.998	224,73	913.131	468,51

La regulación del proceso selectivo para la obtención de la especialización en los asuntos propios de los nuevos órganos de lo Mercantil se lleva a cabo añadiendo un nuevo Capítulo, relativo a la especialización en los asuntos propios de dichos órganos, al Título II del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, que se refiere a la promoción y especialización de los Jueces y Magistrados, realizado por el Acuerdo Reglamentario 7/2003, de 23 de septiembre, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, en lo relativo a la especialización de Miembros de la Carrera Judicial en los asuntos propios de los órganos de lo Mercantil³¹.

Según la Exposición de Motivos del Acuerdo Reglamentario 7/2003, de 23 de septiembre, del CGPJ el sistema de especialización se caracteriza por que "incorpora y combina diversos elementos procedentes de las actuales pruebas selectivas para la promoción a la categoría de Magistrado y para la especialización de Magistrados. Asimismo, no cabe desconocer una cierta inspiración del nuevo modelo en las pruebas de especialización como Juez de Menores, apreciable especialmente en la

31. B.O.E. nº 237, de 3 de octubre de 2003.

configuración en el seno del proceso selectivo de una primera fase de valoración de méritos de los aspirantes³².

La especialización se llevará a cabo en dos fases. La primera, se compone primero de un proceso selectivo basado en los méritos y de la superación de una prueba cuyo objeto es acreditar el grado de capacitación profesional necesario para el ejercicio de funciones jurisdiccionales en órganos de lo Mercantil. La segunda fase, denominada curso teórico práctico, se desarrollará en un primer periodo en la Escuela judicial en la que se impartirán módulos relativos a materias de contabilidad, auditoría y de organización de empresas y, un segundo periodo, que consistirá en prácticas tuteladas en órganos de lo mercantil.

Estas pruebas son singulares, pues como señala CHOCLÁN MONTALVO³², se establece tanto un sistema selectivo de especialización a la vez que supone un sistema de promoción, pues permiten la adquisición de la categoría de magistrado a quienes no la posean cuando superen el proceso selectivo. Sin embargo, como sigue señalando el mismo autor, no constituyen un sistema de acceso a la Carrera Judicial, pues requiere haber prestado servicios efectivos en la carrera judicial uno o dos años, lo que impide, por ejemplo, a los miembros de la Carrera Fiscal su acceso a la Judicial.

6.3. Calidad, agilidad y coherencia

La tan ya manida Exposición de Motivos de la LO 8/2003, concluye en su alegato de causas favorecedoras al nacimiento de estos nuevos Juzgados especializados aludiendo a las razones siguientes: "A mayor abundamiento, con la creación de los juzgados de lo mercantil deben lograrse otros objetivos. En primer lugar, que la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas *resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica*. En segundo término, ello ha de contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una *mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios*. En tercer lugar, se conseguirá más *coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas*, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica. Por último, la creación de estos juzgados especializados dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil."

Por todo ello, esta especialización debe tener su implantación igualmente en la segunda instancia; para ello bastará que una o varias secciones de Audiencias Provinciales, en función del volumen de trabajo, asuman en exclusiva el conocimiento de

32. En "Constitución y provisión de los Juzgados de lo Mercantil. Reflexiones sobre la especialización de la Justicia Mercantil", *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho procesal y mercantil*. Año I, nº 6, junio 2004, pág. 9.

los asuntos propios de esta jurisdicción mercantil, experiencia que como acaba de señalarse, ya ha sido llevada a la práctica en algunas Audiencias. Esta exclusividad contribuirá aún más a la unificación interpretativa de las normas sometidas a su consideración”.

Muchos de estos motivos alegados por la Ley, han sido objeto de crítica como veremos a continuación. El primero de estos últimos argumentos se refiere a la obtención de resoluciones de calidad como consecuencia de la especialización que implicará un conocimiento más profundo de la materia a resolver. En contra se manifiesta EZAGUIRRE NAVARRO³³, argumentando que si estos jueces conocen fundamentalmente de concursos, expresa que un buen concursalista es un buen generalista por lo que no procedería especialización alguna. Además, no deja de ser cierto, como expone DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ³⁴, que se da una paradoja cuando menos curiosa, si bien por lo que se justifica la creación de estos jueces es por la variedad de materias a resolver en un concurso, cómo se puede justificar la interdisciplinariedad con la especialización cuando son dos conceptos absolutamente antitéticos.

Además la obtención de resoluciones de calidad basada en criterios de especialización, no deja de ser un tanto despectivo hacia los demás órganos jurisdiccionales “no especializados” y, como manifiesta BANACLOCHE PALAO³⁵, poco respetuosa para la labor judicial desarrollada día a día en otros juzgados, añadiendo que la calidad de las resoluciones no puede ser sólo fruto de un conocimiento profundo de la materia que se enjuicia, siendo este factor uno más para conseguir esa finalidad argumentada por el legislador.

Respecto de la agilidad de la actuación judicial, ésta va a ser consecuencia de muchos factores y no sólo del conocimiento específico y singular de las materias que se conocen. Bien es cierto que sólo la justicia a tiempo es justicia, y que debemos respetar la obtención de la sentencia en “un plazo razonable”, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁶. El sentido del carácter razonable de la duración de un plazo se tiene que medir atendiendo a los distintos criterios que continuamente reitera este Tribunal, por ello, hay que atender a las circunstancias de la causa y, en particular, a la complejidad del asunto, el comportamiento del requirente y el de las autoridades competentes³⁷. También nuestro Tribu-

33. *Cit.* pág. 1726.

34. *Cit.* pág. 6.

35. *Op. cit.*, págs. 92 y 93.

36. V. gr. *Vid.* la STEDH núm. 00024295/94, de 26 de septiembre de 1996, en el asunto Zappia contra Italia, se pronuncia el Tribunal sobre el derecho a obtener una ejecución en un plazo razonable dentro del derecho a un juicio equitativo.

37. En el mismo sentido la Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 800/1998 Estrasburgo, de 21 abril Caso Estima Jorge contra Portugal, Demanda núm. 24550/1994. (R. A. TEDH 1998\13).

nal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, centrándose en los siguientes criterios, la complejidad del litigio, la conducta del litigante y del órgano jurisdiccional, el Interés del litigante, la duración ordinaria de pleitos similares³⁸. Por tanto, la agilidad del proceso no va a depender solamente del conocimiento de la materia sino de otros muchos factores.

Finalmente, respecto del criterio de coherencia y unidad interpretativa de las normas, no puede predicarse que esta se vaya a lograr a través de la especialización de las secciones de las Audiencias, pues con todas las que existen nada obstaría a que, como manifiesta BANACLOCHE PALAO³⁹, existieran sentencias contradictorias en Audiencias vecinas, pues sólo se logra la unificación a través de las resoluciones que dicta un órgano único para todo el territorio nacional como el Tribunal Supremo y esta, ciertamente, no ha sido la intención del legislador⁴⁰.

Por todo lo expuesto, podemos concluir diciendo que hay razones a favor y en contra de la creación de estos Juzgados, en las circunstancias y condiciones que ha creído más oportunas el legislador. Y que lo que verdaderamente hace que se logre resoluciones más justas es cuando se dota de medios suficientes a la Administración de Justicia, medios humanos y materiales, y no dándole nombres diferentes a los ya existentes para crear la falacia de novedad que en la mayoría de los casos no se realiza.

38. Vid. SSTC 303/2000, 146/2000, 220/2004, 147/2006, 156/2006 y 167/2006.

39. *Op. cit.*, pág. 93

40. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *cit.* pág. 7. manifestando que, "en clara paradoja nadie pretende la especialización en la cúspide: o ¿es que acaso se va a crear una Sala de lo Mercantil en el Tribunal Supremo?".

SOCIEDADES PROFESIONALES Y MERCANTILIZACIÓN DE LA ABOGACÍA

LUIS BUENO OCHOA

**Profesor colaborador Asociado de Filosofía de Derecho
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid
Abogado**

SUMARIO

1. Prefacio	121
2. Contexto	123
3. Pretexto	128
4. Texto	134
5. Subtexto.	137
6. Posfacio	139

“Yo hubiera querido ser abogado porque es la más bella profesión del mundo”¹

1. Prefacio

Esta ponencia se propone estudiar una disposición recientemente promulgada, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (BOE núm. 65, de 16 de marzo), en relación con un grupo específico de profesionales destinatarios de la norma cuales son los abogados.

Para abordar la tarea prefijada, vamos a organizar el estudio a través de cuatro etapas que desembocarán en un apartado final –*Posfacio*– que hará las veces de colofón; a saber:

Contexto. Será oportuno, primeramente, dar cuenta del contexto en que ve la luz la norma de referencia en el marco de la abogacía que nos ocupa. Se tratará, pues, de resaltar cuál es el campo operativo que ha hecho aconsejable, que ha impuesto, en definitiva, la promulgación de dicha disposición legal.

Pretexto. Una vez efectuada la precisión anterior, se procurará concretar qué causas, qué motivos, están detrás de una regulación que es, en verdad, no sólo novedosa sino también, según se nos ha hecho ver, urgente si no imprescindible. Será la Exposición de Motivos del texto legal de referencia el elemento que, conjuntamente, con otras consideraciones, marcará el desarrollo de esta fase de la exposición.

1. La frase, atribuida a François Marie Arouet, más conocido como Voltaire (1694-1778), no deja de producir cierta extrañeza si la ponemos en relación con otra atribuida, igualmente, al precitado escritor y filósofo francés, según la cual “solamente me he arruinado dos veces: una cuando perdí un pleito, y otra cuando gané otro pleito”.

Texto. Visto cuanto antecede, llegará el momento de descender al análisis, desde luego no exhaustivo, del texto legal de razón, poniéndose de manifiesto, a efectos de facilitar el curso de la exposición que seguirá después, cuál es la estructura de la precitada Ley de Sociedades Profesionales y, en suma, qué ideas-fuerza, en general, presiden la nueva regulación.

Subtexto. Este apartado, centrado en lo tendencioso o, si se prefiere, en lo señaladamente subjetivo, servirá, o, por mejor decir, podrá servir, para anudar unas cuantas conclusiones en las que el referente institucional-deontológico planeará a modo de premisa principal. Las mencionadas conclusiones, sin embargo, no vayamos a confundirnos, no van a resolver nada (ni siquiera se lo van a plantear remota o teóricamente); si acaso van a tratar de señalar sombras, preocupaciones y, con el tono realista (¿pesimista?) que dista del entusiasmo impostado de los operadores políticos, reparará en aquello que, tal vez exageradamente, podríamos rotular como los peligros que se ciernen con la regulación de las sociedades profesionales en el caso concreto de los abogados.

Antes de adentrarnos en la tarea trazada se estima conveniente, siquiera sea con pretensión introductoria, observar que la vinculación entre sociedades (de naturaleza civil, o más frecuentemente mercantil) y profesionales (de la abogacía, en nuestro caso) contiene alguna suerte de contradicción o, cuanto menos, alguna forma de tensión. El ejercicio de una actividad bajo el paraguas societario conlleva, generalmente, la existencia de un formato empresarial en el que la pauta fundamental proviene, en lo concerniente a la política de recursos humanos (o *capital humano*, como ahora gusta decir), de las notas características de la relación laboral común; a saber: voluntariedad, ajenidad, retribución e inclusión en el ámbito de la organización y dirección de otra persona que hace suyos los frutos del trabajo (cfr. el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Empero, cuando nos referimos al ejercicio de una actividad profesional lo que prima es, comúnmente, el aspecto o substrato personal (en tanto que persona física), de cariz marcadamente individualista (algo que, por otra parte, está latente en el propio significado gramatical de la expresión *profesión*, o de la acción de *profesar*). El punto de partida, o más exactamente, cierto prejuicio que se manifiesta sobre este particular, nos lleva a afirmar, con carácter preliminar, que mientras que la actividad empresarial está estrechamente unida, acaso identificada, con el mundo societario (preferentemente, de ámbito mercantil), la actividad profesional guarda relación, en principio, con el ejercicio –a título personal– del sujeto profesional en lo atinente al “empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución”². En este sentido, conviene no silenciar una opinión, muy extendida, por cierto, según la cual “puede afirmarse –como apunta Pablo Bieger, entre otros–, sin grave distorsión,

2. *Vid. voz profesión*, tercera acepción, en el Diccionario RAE, 22.ª ed. (2001).

que el oficio [*sic*, de abogado, léase] se encuentra organizado en términos más propios del corporativismo bajo-medieval que del capitalismo contemporáneo³.

Tras anticipar cuál es el prejuicio con el que hay que contemporizar al abordar una nueva regulación como es ésta de las sociedades profesionales, no es menos cierto que, desde hace años, la separación entre la perspectiva empresarial y la profesional se ha ido difuminando; hasta el punto que cuestiones tales como el ejercicio multiprofesional, el modelo de ejercicio de la abogacía bajo el ropaje societario y demás cuestiones que irán saliendo, se han venido imponiendo por el discurso de los hechos; y estos, como suele decirse, son tozudos. En algunos casos, han contado con cobertura específica de alguna norma, y, en otros, se ha creído suficiente remitirse a la impronta del mercado, que es el elemento que habitualmente se invoca para acallar cualquier eventual réplica o argumentación que se manifieste en sentido adverso.

Pues bien, aunque cierta confusión no ha sido, al menos hasta ahora, infrecuente en un ámbito, digamos socio-profesional, como el que ahora es objeto de atención, nos disponemos ya a dar inicio a la exposición propiamente dicha.

2. Contexto

El estudio de la Ley de Sociedades Profesionales en lo concerniente a la abogacía exige dar cuenta, como queda dicho, del contexto en que ve la luz dicha norma con rango legal. A tal efecto, deviene imprescindible referirnos, asimismo, a dos disposiciones más, con carácter previo, de manera que la conjunción de tres disposiciones será la que va a conformar, en efecto, un nuevo modelo de abogacía.

Esta tríada de disposiciones está compuesta, siguiendo un orden cronológico, por las siguientes: la Ley 34/2006, de 30 de octubre (BOE núm. 260, de 31 de octubre), sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales; el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre (BOE núm. 276, de 18 de noviembre), por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos; y, en tercer y último lugar, la ya reseñada Ley de Sociedades Profesionales.

Procedemos, pues, a hacer una breve introducción acerca de las dos disposiciones mencionadas, Ley de Acceso y relación laboral de carácter especial, respectivamente, con visos de contextualizar, lo más atinadamente posible, la reciente regulación de las sociedades profesionales cuya entrada en vigor, dicho sea de paso, ha sido fijada a los tres meses de su publicación en el BOE (cfr. Disposición Final Tercera), esto es, a partir del dieciséis de junio de dos mil siete.

3. P. Bieger: "El Abogado", en L. M^a Díez-Picazo (Coord.): *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pág. 49.

2.1. Restricción de acceso a la abogacía

La Ley de Acceso ha constituido una reivindicación, digámoslo así, histórica de la abogacía española (o más exactamente, de un sector de la abogacía española) en cuya promulgación han debido ser determinantes razones de convergencia con Europa.

El nuevo acceso a la abogacía supondrá, a medio y/o largo plazo, una limitación, un descenso considerable en el número de abogados; asistimos, pues, a una especie de reverdecer de la célebre obra del procesalista italiano Piero Calamandrei (1889-1956), *Troppi avvocati* (1920), en la que la masificación era considerada el gran problema de la abogacía italiana de principios del siglo pasado⁴.

A modo de resumen, y, desde luego, también con fines ilustrativos, distinguiremos tres apartados relativos a la regulación del título profesional de abogado; la capacitación profesional y la acreditación (evaluación) de la capacitación profesional; a saber:

2.1.1. Obtención del título profesional de abogado

El acceso a la condición de abogado, habida cuenta su condición de colaborador en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución –CE–), requiere la obtención de un título profesional específico sin el cual no será posible abordar dicho ejercicio profesional. De hecho, la obtención del mencionado título profesional será imprescindible para la colegiación (art. 1.4), extremo éste que mantiene su carácter inexcusable⁵. En fin, el título profesional de abogado será expedi-

4. El insigne jurista florentino auscultaba la realidad procesal italiana de la época atendiendo a las *consecuencias, causas y remedios* a partir del título-diagnóstico de su famosa obra. Las *consecuencias* quedaban circunscritas al malestar económico así como a la decadencia moral e intelectual de los abogados. Las *causas*, por su parte, eran asociadas, en lo fundamental, a la organización de los estudios. Y, en última instancia, los *remedios* apuntaban a una quintupla secuencia; a saber: la reforma de la organización de los estudios universitarios; la unificación de las profesiones de abogado y procurador; la organización de la práctica profesional; la reglamentación de los exámenes de ingreso en el ejercicio profesional y, en fin, la limitación del número de abogados. Cfr. P. Calamandrei: *Demasiados abogados*, trad. de J. R. Xirau, Madrid, Ed. Reus, 2006, págs. 299-302.

5. El principio de colegialidad se mantiene, pues, como una obligación inherente a la propia condición de abogado. El artículo 544.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –LOPJ– (“La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y tribunales en los términos previstos en esta ley y por la legislación general sobre Colegios Profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”) y lo mismo el artículo 9º.1 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, comprensivo del Estatuto General de la Abogacía Española –EGAE– (“Son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o priva-

do por el Ministerio de Educación y Ciencia (art. 2.3) y, a la vista del inminente escenario que supone el establecimiento del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), comúnmente denominado Plan de Bolonia, no se puede pasar por alto la distinción académica entre grado y posgrado (Máster y doctorado) que sustituye a la todavía vigente entre licenciatura y doctorado. La disposición adicional séptima contempla, sobre este particular, la eventual correspondencia entre las diferentes categorías aun cuando haya que estar, finalmente, al ulterior desarrollo reglamentario.

2.1.2. Capacitación profesional

La formación reglada y de carácter oficial que dará lugar a la obtención del título profesional de abogado se adquirirá a través de la realización de cursos de formación acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia (art. 2.2). Los cursos de formación podrán ser organizados e impartidos por universidades, públicas o privadas, y por escuelas de práctica jurídica (art. 3.1), en cuyo caso, podrán establecerse convenios *ad hoc* (art. 3.2). En cuanto a la cualificación del profesorado: la mitad, al menos, ostentará la condición de profesionales colegiados ejercientes. La duración de los cursos será de sesenta créditos (art. 4.3). Será preceptiva, además, la realización de prácticas externas que constituirán la mitad del contenido formativo de los cursos; es decir, otros sesenta créditos adicionales (art. 6).

2.1.3. Acreditación de la capacitación profesional

Es oportuno subrayar que el proceso de capacitación profesional culmina con la evaluación (y/o acreditación) de la aptitud profesional. Será preciso, pues, acreditar objetivamente la formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión y, asimismo, el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales (art. 7.1). Las comisiones de evaluación serán convocadas anualmente de manera conjunta por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia, oídas la Comunidades Autónomas, el Consejo de Coordinación Universitaria y el Consejo General de la Abogacía Española (art. 7.2). En la comisión evaluadora participarán representantes, en igual número, nombrados por los tres grupos siguientes: los Ministerios de Justicia y Educación y Ciencia; la Comunidad Autónoma respectiva y, finalmente, el Consejo General de la Abogacía Española (art. 7.3). La evaluación tendrá contenido único para todo el territorio nacional en cada convocatoria (art. 7.5) y las mismas tendrán periodicidad anual, sin que puedan ser fijados *numerus clausus* (art. 7.6).

Aun cuando la Ley de Acceso está todavía pendiente del preceptivo desarrollo reglamentario (cfr. Disposición Final Segunda) y cuenta, asimismo, con un período

dos) no dejan ningún margen de duda acerca del carácter obligatorio de la colegiación; lo cual, por cierto, no debe dejar de motivar alguna reflexión al comprobar cómo se puede ver impuesta, como obligación (*ex art. 36 CE*), una cierta forma de asociación (administrativo-institucional), aun cuando se trae de un derecho –no una obligación– fundamental (art. 22 CE).

de *vacatio legis* de cinco años a contar desde su publicación en el BOE (Disposición Final Tercera), esto es, la fecha de entrada en vigor queda pospuesta hasta el treinta y uno de octubre de dos mil once, no es aventurado predecir que contribuirá, notablemente, a un cambio radical de escenario.

2.2. Laboralización de la abogacía

La relación laboral de carácter especial a que se refiere el precitado Real Decreto 1331/2006 no hace sino sancionar un proceso que podemos denominar de *laboralización* de la abogacía. Dicho proceso tiene importantes consecuencias y singular trascendencia económica debido al encuadramiento que conlleva en materia de Seguridad Social. Por lo demás, el fundamento de la nueva regulación reside, según parece, en que las tipologías previstas, en cuanto al ejercicio profesional de la abogacía se refiere, en el Estatuto General de la Abogacía (ejercicio individual; colectivo; multiprofesional)⁶ se han revelado insuficientes cuando no inadecuadas.

La nueva regulación tampoco puede pasar inadvertida a nivel deontológico. Las notas características de la relación laboral (voluntariedad, ajenidad, retribución e inclusión en el ámbito de organización y dirección de otra persona que hace suyos los frutos del trabajo), por más que se traten de matizar al configurar una relación laboral de carácter especial, cuentan con una incidencia incuestionable hasta el punto de ver recortada, significativamente, la independencia como aspecto consustancial al ejercicio de la actividad profesional de abogado en sentido clásico, esto es, como profesional liberal.

Como ejercicio de síntesis, y, desde luego, con vocación indicativa, pasan a extraerse, en cuatro grupos, las cuestiones que marcan el rumbo de la nueva regulación; a saber: las peculiaridades o especialidades que justifican la regulación específica a que se contrae la disposición objeto de estudio; las implicaciones resultantes; la modulación (o adaptación) de la relación laboral común⁷ y, en último lugar, la profundización (aclaración) de determinadas cuestiones.

2.2.1. Peculiaridades

El ámbito en que se desarrolla la relación laboral, los despachos de abogados, en el que aparece una relación triangular, titular de despacho, cliente y abogado que, sin duda, condiciona el desarrollo de la relación laboral entre los abogados y los despachos, de una parte; y, de otra, las condiciones en que los abogados tienen que desarrollar su actividad laboral en los despachos, en la medida en que además de las

6. Vid. los artículos 27 (ejercicio individual), 28 (ejercicio colectivo) y 29 (ejercicio multiprofesional) del expresado Estatuto General de la Abogacía Española.

7. La regulación de la relación laboral común exige reenviar esta cuestión a las previsiones establecidas al efecto en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de veinticuatro de marzo).

normas laborales que resulten de aplicación, a los abogados se les aplicarán las normas que rigen su profesión, incluidas las estatutarias y las éticas y deontológicas.

2.2.2. Implicaciones

El reconocimiento a los abogados de un mayor grado de autonomía, independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo; la limitación de las facultades de dirección y control del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores de los abogados; mayores exigencias a los abogados en la ejecución de su actividad laboral en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de diligencia y confidencialidad y de los plazos que se establecen en las normas procesales; un más estricto respeto entre los titulares de los despachos y los abogados de los principios de buena fe y recíproca confianza; la imposición a los abogados de un régimen de incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de su actividad profesional que impide a los abogados actuar en caso de existir un conflicto de intereses y defender intereses en conflicto; y, en fin, el sometimiento estricto de los abogados, cualquiera que sea la forma en que ejerzan la profesión, a las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía, a las normas colegiales y al consiguiente régimen disciplinario colegial.

2.2.3. Modulaciones

El poder de dirección que las normas laborales reconocen a los titulares de los despachos, en su condición de empleadores, en la medida en que las facultades inherentes a dicha condición aparecen en este caso condicionadas o limitadas; los derechos y deberes que se reconocen a los abogados habida cuenta su cualidad de trabajadores en la medida en que unos y otros están condicionados, en mayor o menor grado, por las normas que rigen la profesión, incluidas las éticas y deontológicas; especial modulación debe hacerse del deber de obediencia que las normas laborales imponen a los trabajadores, pues en el caso de los abogados este deber, al tener que compatibilizarse con otras obligaciones y deberes que les imponen las normas que rigen la profesión, aparece debilitado o limitado; la regulación del tiempo de trabajo, en la medida en que la realización de la actividad profesional de los abogados requiere, por parte de éstos, disponer de mayor margen de flexibilidad en la utilización y distribución del mismo; y la regulación de las consecuencias que se pueden derivar de la falta de diligencia en el ejercicio de la actividad profesional por parte de los abogados o de los incumplimientos de los deberes de buena fe y confianza mutua, en la medida en que los indicados deberes y obligaciones aparecen reforzados por esta relación laboral.

2.2.4. Profundización

La profundización (o aclaración) se centra en las tres cuestiones que se enuncian a continuación:

1. Por la variedad de modalidades en que se puede ejercer la profesión de abogado, es necesario delimitar, con absoluta precisión, el ámbito de aplicación de la relación laboral especial que se regula en este Real Decreto.
2. Dado el carácter especial de la relación laboral que se regula, es necesario modular el régimen de fuentes de la misma, con el fin de adaptarlo a las exigencias derivadas de dicho carácter especial de la relación laboral.
3. Y, con el fin de garantizar la adquisición del aprendizaje práctico y la experiencia necesaria para ejercer la profesión, es necesario adaptar, oportunamente, el contrato de trabajo en prácticas previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Pretexto

Tras desbrozar, aun cuando haya tenido lugar sin afán exhaustivo, en qué consisten dos de los vértices que prefiguran la nueva abogacía, *restricción* del número de abogados, por un lado, y, *laboralización*, por otro; y, antes de abordar la exposición del tercero relativo a la regulación de las sociedades profesionales, vamos a concentrarnos en cómo se ha encarado, hasta ahora, todo lo relativo al ejercicio profesional que se ha mantenido alejado del modelo clásico (llamémosle artesanal, o individualista) de abogado.

A los efectos apuntados, este epígrafe lo vamos a dedicar a dejar constancia, de una parte, de la regulación, todavía vigente, que ha regido en nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a las distintas tipologías de ejercicio profesional de la abogacía (y, a tal fin, serán traídos a colación los antes mencionados artículos 28 y 29 del Estatuto General de la Abogacía Española); y, de otra, la clase de justificación, los motivos, que ha esgrimido el legislador para pasar, en cuanto a la abogacía se refiere, de una concepción profesional-artesanal a otra de sesgo global-empresarial (y, sobre este particular, haremos alusión, con algún detalle, a la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Profesionales).

3.1. El ejercicio colectivo y multiprofesional

En primer lugar, nos referiremos, pues, a la regulación prevista en el Estatuto General de la Abogacía Española que, aun cuando no consta que haya sido derogada por la Ley de Sociedades Profesionales, no es fácil de cohonstar en no pocos aspectos. Como complemento de lo estatuido a nivel estatutario, haremos mención, asimismo, a las previsiones deontológicas que guardan relación con estas dos tipologías de ejercicio de la abogacía.

El *ejercicio colectivo* es abordado en el artículo 28 EGAE⁸ y, como tendremos ocasión de comprobar, anticipa, en gran medida, la regulación de las socieda-

8. "1. Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles.

des profesionales aunque, a decir verdad, no llega tan lejos. El régimen estatutario se propone preservar, en todo momento, la independencia del profesional de la abogacía; y, a tal efecto, aun cuando admite el ejercicio profesional a través de sociedad mercantil, no por ello deja de imponer ciertas condiciones que tienen siempre, como telón de fondo, la mencionada independencia en conexión con la salvaguarda del secreto profesional: así, por ejemplo, se exige que dicha sociedad mercantil tenga como objeto social, con carácter exclusivo (y tal vez convenga decir, asimismo, excluyente) el ejercicio profesional de la abogacía e insiste, en varias ocasiones, en la necesidad de no incurrir en supuestos de incompatibilidad, ya sea por compartir locales o servicios con

2. La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo.

3. La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse en el Registro Especial correspondiente al Colegio donde tuviese su domicilio. En dicho Registro se inscribirán su composición y las altas y bajas que se produzcan. Los abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes.

4. Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo y en las intervenciones profesionales que realicen y en las minutas que emitan deberán dejar constancia de su condición de miembros del referido colectivo. No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo.

5. Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados. Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia interna. Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas.

6. La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

7. La responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado.

8. Para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho.

otra clase de profesionales, ya sea ante la imposibilidad de ejercer la abogacía de manera individual (o sea, independiente) y, al propio tiempo, en despacho colectivo. Puede ser de interés resaltar, debido al cambio que introduce la nueva regulación de las sociedades profesionales, que, en materia de responsabilidad civil, rige el principio clásico, de carácter subjetivo, de responsabilidad civil, que tiene como centro de imputación la culpa (cfr. artículo 1.902 del Código Civil).

El *ejercicio multiprofesional*, por su parte, está expresamente previsto en el artículo 29 EGAE⁹ y supone, en alguna medida, rebajar el listón, o si se prefiere, una cierta flexibilización en cuanto al requerimiento originario en materia de incompatibilidades. Se admite, pues, que el ejercicio de la abogacía tenga lugar, en régimen de colaboración –en clave complementaria– con otros profesionales liberales que puede revestir, como antes señalábamos, la forma de sociedad mercantil, siempre y cuando no se vulneren las normas deontológicas así como las prohibiciones e incompatibilidades propias de la abogacía. Llama la atención la *vis extensiva* que se predica respecto de la normativa institucional de la abogacía que, según lo expuesto, sería susceptible de llegar a ser aplicada incluso a quienes no ostentaran la condición de abogados pero sí de otros profesionales liberales en razón a su condición de socios. La extralimitación es, de algún modo, chocante y no deja de evidenciar cuál es la preocupación, constante y reiterada, en este planteamiento, así como en el que antecede, en orden a ver preservada dos de las notas paradigmáticas de la abogacía; de un lado, la independencia y, de otro, como corolario de la confianza que opera como nexo esencial de la relación abogado-cliente, el secreto profesional.

9. *“Los abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles, sin limitación de número y sin que ello afecte a su plena capacidad para el ejercicio de la profesión ante cualquier jurisdicción y Tribunal, utilizando cualquier forma lícita en derecho, incluidas las sociedades mercantiles, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

Que la agrupación tenga por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos que se complementen con los otros de las otras profesiones.

Que la actividad a desempeñar no afecte al correcto ejercicio de la abogacía por los miembros abogados.

Que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo anterior en lo que afecte al ejercicio de la abogacía, salvo lo expresado bajo el apartado 2 del mismo, que no resultará aplicable, o en el apartado 4 del que solamente será aplicable la obligación de dejar constancia de la condición de miembro del colectivo multiprofesional en las actuaciones que se realicen y minutas que se emitan en su ámbito.

2. *En los Colegios de Abogados se crearán un Registro Especial donde se inscribirán las agrupaciones en régimen de colaboración multiprofesional.*

3. *Los miembros abogados deberán separarse cuando cualquiera de sus integrantes incumpla las normas sobre prohibiciones, incompatibilidades o deontología propias de la abogacía.”*

A fin de completar el doble planteamiento desarrollado, que, como queda dicho, no ha sido derogado, al menos no expresamente, por la Ley de Sociedades Profesionales, se estima oportuno dar cuenta del alcance y significación que se reconoce a los principios de actuación profesional, tan recurrentes en la abogacía, como son la independencia y el secreto profesional.

La *independencia* opera como presupuesto, deseable si no imprescindible, para que dé inicio y prosiga, ulteriormente, la relación profesional que se sustancia entre abogado y cliente. Sin perjuicio de distinguir entre la *independencia como prerrogativa (independencia para-)*, que se desenvuelve en la esfera interna y que tiene como referente primordial un valor superior del ordenamiento jurídico así como un derecho fundamental que no es otro sino –el valor y el derecho a– la libertad (cfr. arts. 1.1, 17 y 20 CE); aparte de esta libertad para aceptar y/o rechazar un encargo profesional así como decidir, en su caso, cómo enfocarlo, hay que referirse a la *independencia como obligación (independencia de-)*, que interactúa en la esfera externa y queda circunscrita al reverso del valor de la libertad, esto es, la responsabilidad. Esta segunda versión de la independencia, al socaire de principios de actuación profesional tales como el de honradez y veracidad, se traduce en la doble exigencia de lealtad y diligencia. Pues bien, esta doble consideración del valor de la independencia ha sido considerada, al menos hasta ahora, consustancial al ejercicio profesional de la abogacía. Pueden ser citados, a título de ejemplo, los artículos 54.2 LOPJ¹⁰ y 33.2 EGAE¹¹ así como los artículos 2 y 3 del Código Deontológico de la Abogacía Española¹².

10. *"En su actuación ante los Juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa".*

11. *"El abogado, en cumplimiento de su misión, actuará con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas".*

12. Los antedichos artículos 2 y 3 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado en el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002, modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002, aluden a la independencia y a la libertad, respectivamente. La independencia es considerada, en sede del Preámbulo, como presupuesto del ejercicio profesional así como incluida entre los deberes fundamentales de todos los abogados. Con todo, no está de más referirse a otras disposiciones, de vocación informadora por su cariz internacional, tales como la Carta de Turín sobre el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI, adoptada por la Asamblea General de la Union Internationale des Avocats celebrada en Sydney, el 27 de octubre de 2002, (que, entre otras, alude a la independencia; la inmunidad y derecho a la justicia y la libertad de encargo) y el Código Deontológico del Consejo Consultivo de los abogados europeos (*Conseil Consultatif des Barreaux Européens –CCBE–*), después de su revisión el 6 de diciembre de 2002, que incluye, expresamente, a la independencia entre los principios generales de actuación profesional de los abogados (cfr. inciso 2.1).

El *secreto profesional*, que viene a configurar una especie de válvula de seguridad del hecho que sirve de fundamento a la relación abogado-cliente, que no es otro sino la confianza, cuenta, igualmente, con profusa cobertura, como derecho y como deber, en nuestro ordenamiento jurídico. A efectos de mera constancia, pueden ser citados los artículos 18 y 20 CE; el artículo 199 del Código Penal¹³; el artículo 542.3 LOPJ¹⁴ así como los artículos 32 EGAE¹⁵ y 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española¹⁶.

Por último, no está de más recalcar, aun a costa de incurrir en repeticiones, que los dos principios de actuación profesional a que se ha aludido, independencia y secreto profesional, se anudan y cobran virtualidad a partir de la confianza; ésta ha de presidir las relaciones entre abogado y cliente, de manera recíproca y constante, lo cual, ciertamente, hace que sea inevitable conferir un carácter señaladamente personal a dicha relación profesional. El formato societario-mercantil, sin embargo, contiene, de suyo, un planteamiento que se suele asociar al distanciamiento, a un trato en el que lo personal se ve sustituido –superado– por la atención profesional de expertos (especialistas que se imponen, al parecer, a los generalistas). Este con-

13. «1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

14. “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

15. “1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 [léase art. 542.3] de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional”.

16. El mencionado artículo 5 del Código Deontológico puede ser relacionado, a su vez, con la consideración del secreto profesional como uno de los deberes fundamentales que obliga a todos los abogados (cfr. Preámbulo) sin orillar lo dispuesto al efecto tanto en la Carta de Turín como en el Código Deontológico de la Abogacía Europea (cfr. inciso 2.3 que incluye al secreto profesional entre los principios generales de actuación profesional del abogado).

traste de pareceres es el que está detrás de la nueva regulación y es el que pasamos a abordar a continuación.

3.2. Motivos de la nueva regulación de las sociedades profesionales

Es momento de complementar el esquema que precede dando cuenta de la justificación que, a juicio del legislador, conduce a la nueva regulación de las sociedades profesionales. Con tal finalidad, procuraremos sistematizar dicha justificación, o motivación, de la mano de la propia Exposición de Motivos comprendida en el texto legal de referencia.

Con carácter previo, se fijan dos clases de antecedentes: uno, que guarda relación con la propia evolución de las actividades profesionales, ya que se ha pasado del trabajo individual (aislado) al trabajo en equipo como consecuencia de la creciente complejidad y la consiguiente especialización y división del trabajo; y, otro, en el que se apela a un dato, *de facto*, incontestable, según el cual, se hace constar que en los últimos años las organizaciones colectivas se han ocupado de la prestación de servicios profesionales, decantándose, formalmente, en la mayor parte de los casos, por el cauce societario.

Los antecedentes expuestos se proyectan, como si de un tríptico se tratara, en el contenido de la disposición que pasamos a resumir deteniéndonos en aspectos tales como *objeto*; *disciplina general* y *norma de garantías*; a saber:

En primer lugar, el *objeto* de la nueva disposición legal está dirigido a posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, la propia sociedad profesional.

En segundo término, se establece una *disciplina general* de las sociedades profesionales (obsérvese que la norma tiene el carácter de ley básica; cfr. Disposición Final Primera) al desarrollarse una competencia exclusiva del Estado (*ex art. 149.1.8ª y 18ª CE*) de modo que los propósitos fundamentales que persigue la nueva legislación son los dos siguientes: de un lado, la creación de certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional; y, de otro, el establecimiento de un adecuado régimen de responsabilidad a favor de los usuarios de los servicios profesionales que se prestan en el marco de una organización colectiva.

Y, finalmente, se asevera que la nueva ley lo que hace es constituirse en una *norma de garantías* en el doble sentido siguiente: de una parte, como garantía de seguridad jurídica para las sociedades profesionales, a las que se facilita, así se dice, un régimen peculiar hasta ahora inexistente (en flagrante contradicción, conviene terciar, con la precitada regulación prevista en los antedichos arts. 28 y 29 EGAE); y, de otra, como garantía para los clientes y usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que, como tendremos ocasión de comentar seguidamente, van a ver ampliada, de manera considerable, la esfera de sujetos responsables.

La Exposición de Motivos, eso que hemos llamado *Pretexto*, evidencia cómo el legislador ha pasado por alto el régimen preexistente estatuido en el Estatuto General de la Abogacía Española. Se omite hacer mención al mismo e igualmente se omite hacer referencia alguna al colectivo de la abogacía (lo cual no es óbice para que sí aluda a otros casos particulares tales como los Auditores de cuentas –cfr. Disposición Adicional Primera– o las Oficinas de farmacia que, según la Disposición Adicional Sexta, quedan excluidas de la aplicación de la disposición). Con todo, sí es oportuno constatar que aunque no se haga mención específica a los abogados, no existe ninguna duda sobre la aplicación de la nueva regulación a dicho colectivo; y es que, en este sentido, las previsiones incorporadas en la Disposición Final Tercera no abrigan la menor duda pues la abogacía constituye, en efecto, una profesión en la que el requisito de la colegiación es obligatorio (cfr. arts. 542.2 LOPJ; 9 y 11 EGAE y 10 y concordantes del Código Deontológico de la Abogacía Española).

Así las cosas, podemos comprobar cómo la falta de rigor en que incurre la nueva regulación al ignorar, por completo, el régimen específico del colectivo de abogados es patente y manifiesta. Antes efectuar una labor de mínimo contraste entre la disposición legal que nos ocupa y el ejercicio de la abogacía, lo cual tendrá lugar en el apartado subsiguiente –denominado *Subtexto*–, se hace aconsejable recorrer, de pasada, su articulado, siquiera sea a efectos indicativos y, singularmente, para poder interiorizar, estructuralmente, el planteamiento que acoge.

4. Texto

Corresponde ahora emprender, según lo ya anunciado, un breve recorrido por todos y cada uno de los preceptos incluidos en la nueva regulación de las sociedades profesionales¹⁷, incidiendo, cuando sea oportuno, en aquellos aspectos que puedan ser de interés de cara al ulterior análisis centrado en las consecuencias que dicho régimen deparará para el ejercicio de una concreta actividad profesional cual es la abogacía.

Definición de sociedades profesionales (art. 1). Sociedades que tengan como objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional. Es actividad profesional aquella que requiera titulación universitaria oficial, o titulación profesional, e inscripción en el colegio profesional correspondiente. Se prevé que la constitución tenga lugar con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes; de manera que el régimen jurídico aplicable será, con carácter principal, la actual disposición y, supletoriamente, las normas correspondientes a la forma societaria adoptada.

Exclusividad del objeto social (art. 2). El objeto social vendrá constituido por el ejercicio en común de actividades profesionales, ya sea directa, ya sea indirectamente (en

17. Cabe remitirse, para un estudio exhaustivo de la nueva regulación, artículo por artículo, al libro de P. Yanes Yanes: *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

este último caso, la participación de la sociedad tendrá la consideración de socio profesional en la sociedad participada).

Sociedades multidisciplinarias (art. 3). Está permitido el ejercicio de varias actividades profesionales siempre que su desempeño no hubiera sido declarado incompatible por una norma de rango legal o reglamentario.

Composición (art. 4). A resaltar la necesaria concurrencia de socios profesionales en una proporción que habrá de ser, cuanto menos, de $\frac{3}{4}$ del capital y de los derechos de voto (en sociedades capitalistas) y de $\frac{3}{4}$ partes del patrimonio social y del número de socios (en las sociedades no capitalistas).

Ejercicio o imputación de la actividad profesional (art. 5). Los derechos y obligaciones derivados de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad a que se contrae el artículo 11 de la propia ley.

Denominación social (art. 6). Podrá ser objetiva o subjetiva; en todo caso, deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la mención "profesional"; pudiéndose emplear, a estos efectos, como forma de expresión abreviada, la letra "p".

Formalización del contrato (art. 7). Al otorgamiento de escritura pública se le confiere carácter constitutivo.

Inscripción registral de las Sociedades Profesionales (art. 8). Igualmente deviene preceptiva la inscripción en el Registro Mercantil, con cuya inscripción la sociedad profesional adquirirá su personalidad jurídica. A mayor abundamiento, es oportuno resaltar que la publicidad de las sociedades profesionales se verificará a través de un portal en *internet*, de acceso público, gratuito y permanente.

Desarrollo de la actividad profesional y responsabilidad disciplinaria (art. 9). Tendrá lugar de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional.

Participación en beneficios y pérdidas (art. 10). Será el contrato social el que determinará el régimen de participación; subsidiariamente, se computará en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales (art. 11). De las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio; no obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hubieren cobrado intervención. Se establece el deber de suscribir un seguro de responsabilidad civil.

Intransmisibilidad de la condición de socio profesional (art. 12). La condición de socio profesional es intransmisible salvo que lo autoricen todos los socios profesionales restantes y sin perjuicio de establecer, en el contrato social, que tal autorización pueda ser concedida por la mayoría de dichos socios.

Separación de socios profesionales (art. 13). Es una eventualidad que habrá de ejercitarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe y con sujeción, en su caso, a las previsiones comprendidas en el contrato social.

Exclusión de socios profesionales (art. 14). Las causas podrán ser: las previstas en el contrato social; la infracción, grave, de los deberes deontológicos o de otra clase para con la sociedad; la perturbación del buen funcionamiento de la sociedad y/o padecer una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional. La exclusión requerirá acuerdo motivado adoptado en Junta General o asamblea de socios, requiriéndose, en todo caso, el voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.

Transmisión forzosa y mortis causa (art. 15). Podrá pactarse, en caso de muerte de un socio profesional, que sus participaciones no se transmitan a sus sucesores. Idéntico pacto podrá suscribirse en supuestos de transmisión forzosa *inter vivos*.

Reembolso de la cuota de liquidación (art. 16). El contrato social podrá establecer, libremente, criterios de valoración o cálculo a tales efectos.

Normas especiales para las sociedades de capitales (art. 17). Se recogen toda una serie de reglas adicionales para el caso que la sociedad profesional adopte una forma social que implique limitación de responsabilidad de los socios por las deudas sociales; repárese, por tanto, en el esfuerzo por consolidar una configuración de la sociedad profesional que no desoye el substrato personal (y, de ahí, precisamente, que dicho carácter *intuitu personae* no se resista a dejar de hacer acto de presencia).

Cláusula de arbitraje (art. 18). Nada obsta, finalmente, para que el contrato social incluya la sumisión a arbitraje.

Al recorrido que antecede faltaría añadir, cuanto menos, algunas de las previsiones comprendidas en las disposiciones que ponen fin a la regulación de referencia; pasamos a resaltar, únicamente, las tres siguientes:

Primeramente, la Disposición Adicional Segunda, que extiende, doblemente, el régimen de responsabilidad estatuido en el artículo 11: por un lado, respecto a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional (y, en tal caso, establece como *presunción iuris tantum*, en el sentido enunciado, el desarrollo de la actividad profesional públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación); y, por otro, para el caso que el ejercicio colectivo no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria Primera fija sendos plazos que guardan relación con la necesaria inscripción de la sociedad profesional en el Registro Mercantil: por una parte, a efectos de adaptación, se alude al plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley; y, por otra, al de dieciocho meses que, en defecto de adaptación, conllevará la disolución social de pleno derecho.

Y, por último, no es ocioso reiterar que, a tenor de lo estatuido en la Disposición Final Tercera, la entrada en vigor de la nueva regulación será inminente: el dieciséis de junio de dos mil siete.

5. Subtexto

La palabra *subtexto* no figura en el Diccionario de la Lengua Española. Proviene del inglés *subtext* y se emplea habitualmente para señalar lo que no está en el texto y tiene que ver, empero, con “lo que se lee entre líneas”¹⁸.

Llegados a este punto, pasamos a relacionar una serie de secuencias en orden a clarificar qué clase de relación se puede entrever en la interacción entre la nueva regulación de las sociedades profesionales y el colectivo de la abogacía española.

- i. El Estatuto General de la Abogacía Española ya había regulado las sociedades profesionales de abogados hace seis años. La regulación de las sociedades profesionales no es, pues, enteramente novedosa.
- ii. Deviene discutible, como continuación de lo anterior, la procedencia, o incluso la conveniencia¹⁹, de introducir una regulación que agrupa a la generalidad de las profesiones tituladas y/o colegiadas, en aras de la homogeneización, pero que ha descuidado explicitar el rumbo escogido en el caso específico de unos profesionales concretos como son los abogados.
- iii. Sorprende que la nueva regulación no haga ninguna alusión al colectivo de abogados y sí, en cambio, a otros profesionales tales como, por ejemplo, los auditores de cuentas o los titulares de oficinas de farmacia.

18. La composición *to be in the subtext* se puede traducir por “estar entre líneas” o bien por “estar en el fondo”. *Vid.* www.wordreference.com. El *subtexto* es una expresión que invita, pues, a la especulación, a la digresión; y, si la misma es proyectada en el medio dramático, que le es propio, nos llevaría, incluso, a una deriva que anidaría, en última instancia, en el inconsciente. No es ésta, ciertamente, la pretensión con que se afronta el tramo final del estudio de la relación entre sociedades profesionales y abogacía.

19. Ya antes de la nueva regulación algún autor se había pronunciado sobre la innecesaria introducción de la nueva regulación en relación con los abogados: “Este futuro puede venir marcado, por una parte, por una más que probable Ley de Sociedades Profesionales, a nuestro juicio no necesaria, si existe apoyo administrativo de control con las actuales normas [léase, los arts. 28 y 29 EGAE], y, por otra, por el desarrollo del Derecho Comunitario”. S. Carretero Sánchez: “La Deontología del Abogado en el mundo de las sociedades profesionales: Necesidad de reflexiones y propuestas de futuro”, en *Diario La Ley*, núm. 6439, 13 de marzo de 2006, ref.ª D-67, pág. 1281. Sobre el marco comunitario del ejercicio en grupo de la abogacía y la sociedad de abogados en Derecho Comparado, *vid.* K. J. Albiez Dohrmann y R. García Pérez: *La Sociedad Profesional de Abogados*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

- iv. El régimen instaurado tiene carácter imperativo e incluso prevalece frente a la forma societaria que haya adoptado la sociedad profesional en cuestión.
- v. La *vis atractiva* de la nueva regulación puede tener lugar, incluso, en casos en que la “voluntad social” no se manifieste de manera expresa sino que es susceptible de ser deducida a través de actos externos y bajo el manto de las presunciones (cfr. la extensión del régimen de responsabilidad del art. 11 a que se contrae la Disposición Adicional Segunda).
- vi. La nueva regulación se constituye, como queda dicho, en *norma de garantía* (de seguridad jurídica y de los clientes o usuarios de los servicios profesionales) que procura, especialmente, la protección, incluso el blindaje, cabría decir, de los mencionados clientes o usuarios.
- vii. Cuanto precede nos pone sobre aviso de algo que podríamos denominar, buscando el símil de lo que ocurre en el ejercicio de la medicina, *abogacía preventiva*. El abogado, antes de plantearse llevar a cabo las funciones que son inherentes al ejercicio de su actividad profesional –*asesorar, conciliar, defender*– (cfr. art. 30 EGAE en relación con el art. 542.1 LOPJ y demás preceptos concordantes), tendrá que ocuparse de plantear, y asegurar, su autodefensa ante el cliente consumidor o usuario de servicios jurídico-profesionales.
- viii. Si la confianza es el nexo esencial de la relación abogado-cliente; la independencia, su presupuesto; y el secreto profesional su válvula de seguridad; la nueva regulación de las sociedades profesionales lleva todavía más lejos que el Estatuto General de la Abogacía Española esa inveterada tendencia a la llamada *societarización* del ejercicio profesional²⁰, que permite hablar, según el sentido que se propugna, de *mercantilización* de la abogacía.
- ix. El cliente deja de serlo, propiamente, y se convierte en un usuario, en un consumidor de servicios jurídicos, poniéndose el acento en sus derechos y no tanto en sus deberes u obligaciones.
- x. El abogado, por su parte, se distancia de la figura, clásicamente concebida, de profesional liberal; pasando a ser, en cambio, o bien socio profesional (léase empresario) o bien sujeto de una relación laboral de carácter especial (léase empleado). De hecho, resulta harto elocuente reseñar, a estos efectos, que la nueva regulación elude emplear, en general, el término *profesión*, mucho más restrictivo que el de *actividad profesional*²¹.

20. Cfr. A. Campins Vargas: *La sociedad profesional*, prólogo de C. Paz-Ares, Madrid, Civitas, 2000, pág. 33.

21. No se trata de un simple matiz terminológico ayuno de consecuencias. Si se empieza ninguando a la persona, al profesional, y se concentra la atención en la actividad (profesional, en este caso) se está incurriendo en una “despersonalización” que contribuye a dotar de preeminencia a la concepción empresarial en detrimento de la profesional. Sobre el empleo del término “actividad profesional” en lugar del de “profesión”, vid. A. Brezmes Martínez

6. Posfacio

Una nueva concepción de la abogacía se impone. En muy pocos meses, en apenas cinco, más concretamente de finales de octubre de 2006 a mediados de marzo de 2007, se han promulgado tres disposiciones que cambian la concepción de la abogacía en España; o, más bien, que contribuyen a reconocer y potenciar dicho cambio, si admitimos que el mismo se había pergeñado, social y económicamente hablando, tiempo antes. Son tres, pues, las coordenadas que imprimen, a distinto ritmo cada una de ellas, el proceso de cambio anunciado: *restricción de acceso*; *laboralización* y, finalmente, *mercantilización* de la abogacía.

Si la *restricción de acceso* condicionará, con ribetes de elitismo, a medio y/o largo plazo, el número de abogados, la *laboralización* y *mercantilización* terminarán de cuestionar el rol de abogado como profesión liberal. La alternativa que se plantea es: o abogado-empleado (abogado *laboralizado*) o abogado-empresario (abogado *mercantilizado*). El margen de maniobra para el modelo clásico, abogado-profesional liberal, se ve tan recortado que, si vale el paralelismo, podríamos decir que pasa a ser una especie en vías de extinción.

Queda por ver si este proceso de cambio atentará contra el presupuesto del ejercicio profesional del abogado: la independencia. *Laboralizar* y *mercantilizar* se retroalimentan y, lo van a hacer (o seguir haciendo), deajo apuntado, a costa de la independencia. Si, como decía Calamandrei en otra de sus famosas obras, *Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato* (1936)²², tan solo donde existen abogados independientes los jueces pueden ser imparciales: ¿qué nos queda? Perplejidad, preocupación... o, por el contrario, encomendarse a la socorrida fórmula "Renovarse o morir". Posiblemente, de todo un poco, pero un poco nada más.

de Villareal: *Las sociedades profesionales. Análisis práctico de su nueva regulación*, Barcelona, Ed. Experiencia, 2007, pág. 101.

22. Se consigna la fecha de la 1ª edición en castellano con trad. de S. Sentís y de I. J. Medina y prólogo de D. Medina. La edición manejada es la basada en la tercera edición italiana, que pasa a ser relacionada a continuación: P. Calamandrei: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, ed. a cargo del Dr. M. Bazán Lazcano; trad. de A. Redín, S. Sentís Melendo y C. Finzi, Buenos Aires, Librería "El Foro", 1997.

FORMA Y PUBLICIDAD DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Catedrático de Derecho Marítimo
Facultad de Derecho-ESADE
Universidad Ramon Llull
Registrador Mercantil

SUMARIO

Artículo 7. Formalización del contrato	143
Artículo 8. Inscripción de las sociedades profesionales	152
Disposición adicional cuarta. Modificación del Código de Comercio	167

Artículo 7. Formalización del contrato¹

El contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública.

La escritura pública recogerá las menciones y cumplirá los requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, en todo caso, expresará:

- a. La identidad de los otorgantes, expresando si son o no socios profesionales.
- b. El Colegio profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, lo que se acreditará mediante certificado colegial, en el que consten sus datos identificativos, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.
- c. La actividad o actividades profesionales que constituyan el objeto social.
- d. La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.

1. La formalización del contrato constitutivo de sociedad profesional. La eficacia de la escritura pública

En materia de la forma del contrato de sociedad, nuestra Ley de sociedades profesionales sólo tiene de original la terminología utilizada. En todos los casos y formas de organización, como veremos con más detalle más abajo, la escritura pública de constitución desempeña la función de forma "ad regularitatem" o "ad probationem":

1. El artículo relativo a la Formalización del contrato apenas experimentó cambios durante la tramitación parlamentaria. El artículo 7 del PrLSP fue objeto de cuatro enmiendas en el Congreso (las números 29, 49, 77, 113) de contenido y propósitos idénticos: incluir en el precepto la exigencia de que se acredite (al notario autorizante) y mediante el título idóneo (un certificado colegial) la pertenencia de los "otorgantes" al Colegio y su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.

la forma pública es el necesario vehículo (=título formal) de la inscripción constitutiva de la sociedad en el Registro Mercantil. Adviértase, no obstante, que también se exige escritura pública en la constitución de las sociedades civiles profesionales. Como quiera que las sociedades civiles profesionales se constituyen, como todas las demás sociedades profesionales, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, la Ley se separa aquí del criterio de libertad formal del C.C.: el legislador exige siempre –incluso para las civiles– la escritura pública; no sólo cuando se aportaren inmuebles (art. 1.668 C.C. en relación con los artículos 7, 8 y disp. ad. cuarta).

Es sabido que la regulación legal contenida tanto en el Código Civil como en el mismo Código de Comercio a propósito de la forma del contrato de sociedad, ha dado lugar a no pocas discusiones y a muchos equívocos (cfr. arts 1.667 C.C. y 119 C.de.C.). Por su parte, las Leyes de sociedades anónimas y limitadas utilizan en este punto una idéntica terminología consagrada, según la cual, “la sociedad se constituye mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil” (arts. 7.1 LSA y 11 LSRL). Terminología que ha llevado a algunos intérpretes a defender, equivocadamente, una suerte de eficacia constitutiva de la propia escritura social.

Así las cosas, el artículo 7.1 presenta una redacción literal que se aparta de la habitual, la consagrada en la legislación especial de sociedades de capital, lo que quizás agradezca el intérprete porque el legislador sitúa la cuestión de la forma del contrato constitutivo de la sociedad en su sitio idóneo: como un requisito para la regularidad constitutiva; una exigencia del iter fundacional de la sociedad profesional; proceso que sólo se concluye con la inmatriculación de la sociedad en el Registro Mercantil (práctica del primer asiento de inscripción en que se inicia la historia tabular). No en vano, de manera muy didáctica, el legislador separa de un lado lo que atañe a la “formalización del contrato” (art.7) de todo lo relativo a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución (art. 8).

A pesar de la redacción imperativa del precepto que comentamos (el contrato de sociedad “deberá” formalizarse en escritura pública), hay que entender, con toda nuestra doctrina, que rige aquí también, como en todo el Derecho de obligaciones y en sede común de sociedades, *el principio de libertad de forma* (arts. 1278-1280 C.C.). Así se establece expresamente, tanto en el artículo 1667 C.C. respecto de la sociedad civil, como en el artículo 117 C.de.C. respecto de las sociedades mercantiles. No hay, pues, aquí una forma “ad validitatem” (o “ad solemnitatem”) en el sentido de lo que con ello suele quererse expresar: el contrato de sociedad no requiere para su validez sino la concurrencia de “los requisitos esenciales del derecho” que no son otros que el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 C.C.).

La escritura se llama, lógicamente, “constitutiva” porque es el título (formal) hábil para la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (la forma pública como vehículo de inscripción), pero en sí el otorgamiento de escritura o la elevación a público del previo documento privado no es condición o requisito de validez del contrato. Y si en el aspecto contractual el otorgamiento de la escritura no es requisito de eficacia del contrato perfecto –cuando concurren los requisitos habituales de consentimiento, objeto y causa– tampoco es un requisito suficiente en el aspecto organizativo o institucional. Sólo la inscripción tiene eficacia constitutiva, como ve-

remos y declara la Exposición de Motivos, toda vez que sólo entonces, con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, nace la personalidad jurídica de la sociedad.

El artículo 7.1, pues, debe ser interpretado a la luz de lo que se establece en el llamado principio registral de la "titulación pública" (art. 18. I C. de C. y 5 RRM). Así, por ejemplo, la escritura pública no necesariamente tiene que ser otorgada por notario español, sino que cabe sea intervenida por funcionario público extranjero con función equivalente a la de nuestros fedatarios (art.4 L.H.; art. 36 R.H.; SAP (4ª) de Santa Cruz de Tenerife de 22.11.2006 que anula la tristemente famosa, por errada, resolución DGRN 7.2.2005).

Por otra parte, nuestra Ley admite y regula el instrumento notarial electrónico y su posible remisión telemática al Registro Mercantil (cfr. art. 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre). Sin embargo, cabe advertir que no parece contemplarse en nuestro Derecho positivo la posible remisión directa del usuario al Registro del contrato social en un soporte idóneo y con las condiciones imprescindibles de autenticidad (utilización de la tecnología de firma electrónica reconocida). Por el contrario, la I Directiva de sociedades (Directiva 68/151/CEE en la redacción dada por reforma efectuada en la posterior Directiva 2003/58/CE de 15 de julio de 2003) prevé, en su artículo 3. 2, que a más tardar el 1 de enero de 2007 los estados miembros deberán asegurar el acceso directo ("envío desde la fuente"; art. 3.8) de los documentos electrónicos al Registro Mercantil. Es esta una cuestión que requiere una pendiente trasposición en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, aunque la sociedad se hubiere pactado exclusivamente en documento privado, la exigencia de forma pública puede siempre llenarse judicialmente. Efectivamente, válida la sociedad –aunque se documentare privadamente– las partes pueden compelerse recíprocamente a otorgar la correspondiente escritura pública ex art. 1279 C.C. Aunque algún socio pusiera reparos a la regularización de una sociedad profesional pactada en documento privado, cabría instarla judicialmente mediante el expediente procesal de acudir a una ejecución forzosa no dineraria, incluso sustitutiva de la correspondiente conducta fungible o no personalísima del socio no cooperador, y con recurso a lo previsto en los arts 708 LEC y 1.098 C.C. En cuyo caso, es perfectamente posible que el título público inscribible no sea necesariamente una escritura notarial sino el correspondiente documento judicial (la "ejecutoria" del artículo 3 L.H.; el testimonio del auto del art. 708 LEC). La sociedad profesional no inscrita declarada en concurso puede también acceder al Registro Mercantil en virtud del correspondiente documento judicial (art. 322.2 RRM).

Aunque en general, puede existir un contrato de sociedad profesional eficaz y válido en Derecho si se documenta privadamente o, incluso, si nace de hechos concluyentes probados (sociedad concluida tácitamente), tratándose de sociedades anónimas y limitadas suele entenderse que la escritura es un requisito del tipo: la Ley positiva parece asociar el régimen jurídico positivo específico de la sociedad en formación a la existencia de un contrato documentado en escritura pública (en interpretación de lo que establecen los arts. 15 y 16 LSA y 11.3 LSRL). De cualquier

modo, nadie niega a la sociedad, incluso de capital, no inscrita, la condición común de sociedad irregular.

Cierto sector doctrinal viene exigiendo la escritura pública como condición para el reconocimiento de “cierta” personalidad jurídica a la sociedad de capital aún no inscrita. Se ha dicho, que la sociedad de capital no inscrita pero escriturada es una “sociedad en formación” con su propio patrimonio separado y por ende dotada de una “cierta” personalidad. En realidad, como se verá en el comentario al siguiente artículo, no es necesario recurrir al expediente dogmático de la personalidad “básica”, “mitigada” o “incompleta” para defender la existencia de un patrimonio separado del de los socios y afecto a la responsabilidad por las deudas contraídas antes de la inscripción en interés de una sociedad en formación debidamente escriturada (según el modelo que puede inferirse del art. 15.2 LSA y 11.3 LSRL). Por lo demás, ese patrimonio separado existe en toda sociedad profesional irregular, esté o no escriturada; se trate de una sociedad en formación en cuyo caso se responde de las deudas con el patrimonio separado ex art. 15.2 LSA o se esté ante una sociedad profesional en documento privado, e irregular por ello, en que se responde como sociedad civil o mercantil con un patrimonio societario ex art. 16.1 y 16.2 LSA.

Lo arriba expuesto no supone desconocer el valor probatorio y legitimador de la escritura pública y los efectos que ésta pueda producir conforme a su régimen jurídico particular. La escritura hace fe del hecho que motiva el otorgamiento y de la fecha, en los términos establecidos en el artículo 1218 C.C. Como es lógico, el juicio notarial de la adecuación a la legalidad (cuya oportunidad hace mención la Exposición de Motivos junto a la calificación del Registrador) está supeditado a las resultas de la calificación registral ex art. 18 C.Com en los términos en que ahora se pronuncia con terminante claridad el Reglamento Notarial (en el nuevo artículo 145.3 Reglamento Notarial, en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero). Recuérdese también que la constancia en escritura pública otorga a los créditos documentados en ella la preferencia general concedida en la legislación civil a propósito de la prelación de créditos (art. 1.924.3º A C.C.); aunque en la nueva legislación dicha circunstancia es irrelevante a los efectos de la prelación concursal (arts. 89 y ss. Ley Concursal). Por fin, a pesar de que la escritura pública es título que lleva aparejada ejecución ex artículo 517.2.4ª LEC, cabe despachar ejecución no dineraria del contrato de sociedad no documentado en escritura pública pero reconocido en sentencia firme en los términos antes examinados y de este modo conseguir judicialmente la regularización de una sociedad pactada en documento privado.

Ni que decir tiene, además, que en relación con el negocio de aportación a la sociedad, la escritura pública puede desempeñar la función de la *traditio instrumental* del art. 1462 C.C. para completar el efecto real traslativo que en Derecho español exige además del título, el “modo” o “traditio”: el contrato de sociedad es el título o causa del desplazamiento patrimonial y el instrumento sirve de modo o traditio. Con todo, la escritura es sólo uno de los posibles instrumentos traditorios porque puede haber desplazamiento real sin escritura pública.

Así pues, siempre que el contrato de sociedad cumpla con los requisitos del consentimiento, objeto y causa podrá existir un eficaz desplazamiento patrimonial por

causa de la aportación societaria y en relación con los bienes y derechos aportados a la sociedad en formación o irregular desde el patrimonio de los socios al de la propia sociedad aún no inscrita. Más aún, si dicha aportación está documentada en escritura pública todavía no inscrita en el Registro Mercantil, cabría incluso pensar en inscribir la correspondiente mutación jurídico-real en el Registro de la Propiedad; practicándose, eso sí, la inscripción a nombre de la sociedad en formación (vid. R.DGRN 22.4.2000). Pueden darse, por otra parte, las condiciones para que pueda prosperar una tercería de dominio intentada en interés de la sociedad contra, por ejemplo, los acreedores de uno de los socios cuando se pruebe la existencia de una aportación anterior al embargo trabado. Para ello será imprescindible que la aportación no sea en fraude de acreedores como ocurre frecuentemente en las aportaciones a “sociedades familiares” y realizadas para poner ciertos bienes al resguardo de procedimientos de apremio conocidos del aportante (deniegan el alzamiento del embargo con levantamiento del velo muchas sentencias; por todas: las del TS (1ª) de 15 de junio y 20 junio de 2005). Con todo, para que prospere esa tercería de dominio, no es imprescindible escritura pública toda vez que la LEC se limita a exigir “un principio de prueba por escrito” (art. 595.3 LEC).

2. Contenido de la escritura de constitución

La escritura de constitución es la forma documental que recoge el negocio jurídico unilateral (sociedad anónima o limitada profesional unipersonal) o plurilateral de organización societaria.

El contenido mínimo de la escritura de constitución viene imperativamente determinado por las correspondientes Leyes reguladoras del tipo y por el RRM. La falta de una mención obligatoria –improbable dada la calificación del Registrador Mercantil– sólo será causa de nulidad en los supuestos taxativamente contemplados en los artículos 34.1 LSA y 16.1 LSRL. Por otra parte, existe como veremos un posible contenido facultativo de la escritura de constitución.

Por todo ello, el art. 7.2 nos dice que: *“la escritura constitutiva recogerá las menciones y cumplirá con los requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada”*. Las “menciones” (o “circunstancias”, como prefiere la ley sustantiva y registral) singulares de las sociedades profesionales indicadas en el artículo 7.2 no suponen una gran novedad. Por otra parte, el artículo 7.2 tiene que “completarse” con lo que se dice en el artículo 8.2 a propósito de las circunstancias de la primera inscripción (y que son circunstancias de la escritura de constitución).

Adviértase que la Ley no distingue, como sí se hace para las sociedades de capital en sus leyes especiales entre escritura de constitución y estatutos (arts. 8 y 9 LSA; 12 y 13 LSRL). En cambio, nuestro legislador no hace esta diferenciación en relación con las demás sociedades (arts. 209 y 210 RRM). La Ley habla en algún caso de ciertos pactos estatutarios facultativos y típicos insertados en el “contrato social” (cfr., por ejemplo, los arts. 10, 15, 16, 18 en relación con el art. 7.1).

Suele entenderse que mientras en la escritura de constitución se recogen los aspectos contractuales correspondientes a la creación de la sociedad; en cambio, a los estatutos sociales se llevan las reglas “constitucionales” dirigidas a establecer la organización y funcionamiento de la sociedad en su actuación y permanencia en el tráfico. De todas formas, es bien sabido que aquella distinción tiene más que nada un valor puramente formal, casi pedagógico. En realidad, de una parte, allá donde existe la distinción, la escritura debe incorporar los estatutos sociales que se integran dentro del contrato constitutivo como una parte imprescindible del mismo (art 8 e) LSA y art. 12.1 d) LSRL). De otra, no pueda pretenderse, como sostienen algunos, que la localización en uno o en otro apartado entrañe una singular estabilidad de lo pactado (la existencia de cierto contenido extra-estatutario presuntamente inmodificable de lo pactado en la escritura). Es claro que ciertas cláusulas agotan sus efectos en el momento fundacional, las restantes, que rigen la vida societaria, son susceptibles de modificación ulterior de conformidad con lo previsto en la Ley y en el contrato para la modificación de estatutos... cualquiera que sea su localización formal dentro del documento notarial. Como es lógico, el Registrador Mercantil tampoco podrá basar una calificación negativa en la incorrecta ubicación de una cláusula fuera de los estatutos si estuviera en la escritura de constitución. Todo ello, claro está, con independencia de que se exija por Ley la unanimidad o el consentimiento individual o colectivo de los socios perjudicados para ciertas modificaciones que perjudican “derechos individuales” o colectivos (arts. 145, 148, 164 LSA; arts. 71.1; 74.1; 79.2; 119, 2 LSRL).

Sistematizando la regulación, integrando la Ley con la regulación sustantiva y registral, las circunstancias mínimas u obligatorias de la escritura de constitución son las siguientes:

1. La *identidad del socio o socios fundadores*. No de los “otorgantes”, como impropia mente dice la Ley; que los fundadores pueden actuar a través de sus representantes orgánicos o voluntarios. Así resulta de lo que se establece en el art. 7.2 a) en relación con lo que se dispone en los arts. 114.1.1ª; 175.1.1ª; 209.1ª; 210.1ª y 213 RRM. En cuanto a las circunstancias identificativas de los comparecientes u otorgantes en la escritura pública, puede verse lo previsto en la legislación notarial (arts. 156 y ss. del Reglamento Notarial en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero).

Se exige, además, expresa distinción entre los profesionales y los que no lo son y, en relación con aquellos, número de colegiado y colegio profesional de pertenencia (arts. 7.2 a) y 8.2.d). La discriminación entre los mismos es tan necesaria como la que impera en la inscripción de las sociedades comanditarias en donde se obliga a distinguir en las diferentes categorías de socios (colectivos y comanditarios; art. 210, 1ª RRM) y por análogas razones: es muy distinto el respectivo régimen de responsabilidad frente a terceros ex art. 11. Por otra parte, existe un régimen jurídico-societario bien distinto en materia relativa a la transmisibilidad de la condición de socio; derecho de separación; exclusión; reembolso de la cuota de liquidación etc. (arts. 12 y ss.).

En el caso de sociedad profesional anónima o limitada unipersonal en el acta de la inscripción se hará una referencia expresa a su carácter (arts. 114.1.1ª y 175.1.1ª RRM). También pueden ser socias de una sociedad profesional las sociedades profesionales y tendrán la cualidad de socio profesional en la participada, lo que se hará constar en la inscripción (art. 2 y 4.1 b).

Debe además indicarse al colegio –o colegios, en plural– al que pertenecen los socios fundadores profesionales con indicación de su número de colegiado, lo que se acredita –a efectos de la calificación– mediante el certificado colegial en que consten los datos identificativos, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión (art. 7.2 b). Téngase presente que pueden existir sociedades multidisciplinarias que ejercen varias actividades profesionales compatibles, en cuyo caso deberán acreditarse las respectivas acreditaciones por los diferentes colegios profesionales (arts. 3; 7.2 b), 8, 6).

2. *La voluntad de constituir una sociedad profesional con indicación de la forma social escogida*: civil, regular colectiva, comanditaria simple, comanditaria por acciones, sociedad limitada o sociedad anónima (art. 1.3).

En puridad, la falta de mención en la escritura del ejercicio de la facultad de elección del tipo o forma social no es obstáculo que impida la inscripción ni la escritura puede reputarse incompleta siempre que del conjunto de las cláusulas contenidas en la escritura y en los estatutos esa circunstancia resulte con claridad. Por ejemplo, en la denominación social. La indicación de la forma social seleccionada debe hacerse constar en la misma denominación social, circunstancia ésta esencial en los estatutos (arts. 6.5 en relación con lo dispuesto en el art. 8.2 a). La regla vale incluso para la sociedad civil profesional: faltando esa determinación, no puede suponerse que se trata de una Sociedad Civil Profesional por entender que se trata del tipo supletorio.

3. Las *aportaciones* realizadas por cada socio o que se obligue éste a hacer, en los términos previstos reglamentariamente, así como las acciones, participaciones o cuotas de socio adjudicadas o asumidas: arts. 114.1.2ª; 175.1.2ª; 209.7ª; 210.2ª RRM.
4. Los *estatutos* de la sociedad profesional: art. 8.2; art 8 e) LSA; art. 12.1 d) LSRL; arts. 114.1.4ª; 175.3ª RRM. No se distingue entre escritura y estatutos sociales en las sociedades personalistas: arts. 209 y 210 RRM.

La primera mención de los estatutos es la *denominación o razón social* (denominación subjetiva) que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art.6. En la denominación social debe figurar junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión “profesional”. Ambas indicaciones podrán incluirse en forma desarrollada o abreviada (art.6.5). La denominación, además, deberá ajustarse y acreditarse mediante certificación negativa del Registro Mercantil Central en la forma y con los requisitos

previstos en los arts. 398 y siguientes del RRM, incluso tratándose ahora de sociedad civil profesional.

Deberá indicarse la actividad o actividades profesionales que constituyen el *objeto social* (arts. 7.2 b) y art. 8.2 c). Aunque existe imperativamente exclusividad del objeto social, es posible la existencia de sociedades multidisciplinarias (arts 2 y 3). Se entiende por actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación en los términos de lo previsto en el art. 1.1 y disp. ad. tercera. La actividad de auditoría de cuentas y la explotación de oficinas de farmacia deberá observar además su regulación particular (disp. ad. primera y sexta).

Se deberá determinar en estatutos la *fecha en que da comienzo a las operaciones, la fecha de cierre del ejercicio social y la duración de la sociedad* en los términos previstos en la Ley y en el reglamento para cada forma social: arts. 9. c) LSA; art. 14 LSRL; arts. 118, 179, 209, 6ª RRM.

Se indicará en estatutos el *domicilio de la sociedad*, en España, que permitirá determinar la competencia territorial del colegio profesional y la del Registro Mercantil. En su caso, se incluirá la cláusula potestativa sobre el órgano competente para decidir la creación, supresión o traslado de sucursales: arts. 8.2 a); art. 9 e) LSA; art. 13. d) LSRL; arts. 120, 182, 209, 3ª RRM.

En las sociedades profesionales de capitales se incluirá la mención estatutaria relativa a la determinación del *capital social* y las acciones o participaciones que lo integran según la forma social adoptada: art. 9 f) y g) LSA; arts 4y 5 LSRL; arts. 121 y 122, 183 y 184 RRM. Aunque la Ley habla de "capital social" en relación con todo tipo de sociedades, no sólo de las capitalistas (vid. por ejemplo, el art. 10.1 a propósito de la participación de los socios en resultados), ni que decir tiene que el capital social en las personalistas no funciona como cumple las mismas funciones que el capital social de las anónimas o limitadas.

El "contrato social" precisará el *sistema de participación en resultados* que se adopte con arreglo a lo prescrito en la Ley (art. 10.1). A falta de previsión contractual, los resultados se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

En los estatutos se hará constar la *estructura del órgano al que se confía la administración*, determinando los administradores a quienes se confiere el poder de representación así como su régimen de actuación de conformidad con lo que dispone la Ley y el reglamento para cada forma social adoptada: arts. 9 h) LSA; art. 13. f) LSRL; arts. 124, 185, 209, 9ª, 213, b) RRM. Para las sociedades civiles profesionales vid. lo dispuesto en los arts. 1692-1695 C.C.

Se incluye también en estatutos la regulación suficiente, con arreglo a la forma social escogida, del funcionamiento de los otros *órganos sociales* como es la junta general, su modo de deliberar y adoptar acuerdos: art. 9 i) LSA; arts.126, 186, 210, 3ª RRM.

5. En la primera inscripción se hará constar la identidad de las *personas que se encargan inicialmente de la administración y representación* de la sociedad: arts. 7.2 d) y 8.2 e); art. 8. f) LSA; 12.2 f) LSRL; arts. 114.1.5ª, 175.1.5ª, 209.9ª, 213, b) RRM. Deberá expresarse la condición de socio profesional o no de cada una de ellas (arts. 7.2 d) y 8.2 e). Esta indicación es imprescindible para que el Registrador pueda calificar el eventual incumplimiento del requisito legal de que sean socios profesionales al menos las tres cuartas partes de los miembros de los órganos de administración, el administrador único o los consejeros delegados (art. 4.3). En su caso, se identificará el auditor de cuentas de la sociedad (arts. 114.1.6ª y 175.1.6ª RRM).
6. En el caso de constitución de una sociedad anónima profesional, en la escritura deberá indicarse además de las circunstancias anteriores la cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución, tanto de los ya satisfechos como de los meramente previstos hasta que aquella quede constituida (arts. 8 d) LSA y 114.1.3º RRM).

Junto al contenido estatutario mínimo o legalmente obligatorio, es necesario reconocer un contenido facultativo de los estatutos y de la escritura de constitución. Se pueden incluir los demás condiciones y *pactos sociales lícitos* siempre que no se opongan a las leyes ni contravengan los principios configuradores de la forma social adoptada: arts. 10 LSA y 12,3 LSRL, arts. 114.2, 175,209, 10ª RRM. No creo,por ejemplo, que sea posible introducir en una sociedad civil profesional un pacto limitativo de la responsabilidad de todos o de algunos de los socios y a pesar de los antecedentes existentes (en materia de sociedades agrarias de transformación la Ley permite el pacto expreso e inscrito de limitación; también el proyecto de Ley de sociedades civiles profesionales del Parlament de Catalunya). Para conseguir el mismo propósito será necesario adoptar una forma capitalista o constituir una comanditaria simple por el procedimiento del artículo 1670 C.C. Lo contrario sería tanto como tolerar una mixtificación del catálogo de tipos societarios lo que no está al alcance de la autonomía de la voluntad.

En la propia Ley se mencionan muchos de esos pactos estatutarios potestativos: arts. 10 (pactos estatutarios de participación en beneficios y pérdidas); 12 (pactos estatutarios sobre la transmisibilidad de la condición de socio profesional); 6 (pactos sobre denominación social); 13 (sobre el derecho de separación de socios profesionales); 14 (sobre la exclusión de socios profesionales); 15 (régimen de transmisiones forzosa y mortis causa); 16 (sobre el reembolso de la cuota de liquidación); 17. 1 c) (sobre el alcance del derecho de suscripción preferente en los aumentos que sirvan de cauce a la promoción profesional); 17.1 c) bis (sobre los criterios para la reducción del capital social); 17.1 e) (retribución de la prestación accesoria de los socios profesionales); 18 (cláusula de arbitraje).

Artículo 8. Inscripción de las sociedades profesionales²

1. La inscripción de la sociedad profesional en el registro mercantil. Eficacia constitutiva de la inmatriculación

Para su eficaz constitución, la sociedad profesional deberá inscribirse en el Registro Mercantil, con independencia de cuál sea la forma social adoptada de entre las posibles mercantiles: regular colectiva, comanditaria, simple o por acciones, anónima (incluso bajo la forma de sociedad anónima europea de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre) o de responsabilidad limitada: arts. 1.3 y 8.1 en relación con lo dispuesto en el art. 119 C. de C.

Lo mismo cabe decir de la sociedad civil profesional (arts citados de la Ley y disp. ad. cuarta); lo que no deja de ser incongruente con el nombre de la institución en

2. Por razones sistemáticas, quizás debiera haberse regulado en un artículo independiente bajo la rúbrica de "Inscripción de las Sociedades Profesionales en el Registro mercantil" lo que ahora se contiene en el párrafo primero y como se pidió por el Grupo parlamentario Popular del Congreso y del Senado en sus enmiendas nº 50 y 56 respectivamente. En relación con los registros colegiales, los mismos grupos parlamentarios citados intentaron delimitar la eficacia de la inscripción en el registro colegial pretendiendo que se dijera en la Ley que la sociedad no podrá comenzar el desarrollo de su actividad profesional prevista en su objeto si previamente no ha obtenido la correspondiente inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales (enmiendas nº 51 del Congreso y nº 57 del Senado). Hubiera sido también muy sensato atribuir la competencia de la "gestión material" del servicio de publicidad en Internet a que se refiere el apartado 5 al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, como quisieron los mismos grupos parlamentarios (enmienda nº 52 del Congreso y nº 57 del Senado). Es obvio que el sistema de publicidad en Internet de la Ley se inspira directamente en el previsto para las resoluciones concursales tal y como se regula en el RD 685/2005, de 10 de junio, sobre Publicidad de Resoluciones Concursales en desarrollo de lo previsto en el artículo 198 LC.

El texto aprobado por el Congreso incluyó en el apartado 5 la previsión de la posible creación de portales autonómicos en Internet de Sociedades Profesionales. En el Senado, los grupos nacionalistas defendieron que dado que la competencia exclusiva sobre colegios profesionales correspondía a las CC.AA. la competencia para la llevanza del portal en Internet debía radicar en aquéllas y no en el Estado (enmiendas nº 6 y 26 del Senado). Igualmente pretendieron que la disposición final 1ª sobre el Carácter de la Ley incluyera una expresa salvedad a favor de la competencia exclusiva de las CC.AA. sobre colegios profesionales. Dichas enmiendas no prosperaron. Precisamente, la disp. final primera invoca la competencia exclusiva del Estado "en materia de legislación mercantil, ordenación de los registros e instrumentos públicos".

donde se inscribirán. A diferencia de lo que ocurrió en Francia cuando se modificó en enero de 1978 el Código Civil para contemplar la inscripción de las sociedades civiles en el registro, no se ha cambiado el nombre del Registro Mercantil para pasar a llamarse, por ejemplo, “Mercantil y de sociedades” (“registre du commerce et de sociétés”; Décret nº 78-704 du 3 juillet 1978 y Décret. nº 84-406, du 30 mai 1984).

Tratándose de sociedades profesionales “mixtas” –de las constituidas al amparo de lo previsto en el artículo 1670 C.C. que son civiles, por su objeto profesional y mercantiles por la forma social adoptada–, queda definitivamente resuelta en favor de su inscribibilidad en el Registro Mercantil la vieja disputa doctrinal. La *vexata quaestio* de la inscribibilidad de las “civiles” en el Registro Mercantil todavía queda abierta en relación con las demás sociedades colectivas o comanditarias con objeto civil pero no profesional.

Como es de sobra conocido, en la práctica, las sociedades civiles por el objeto, que adoptan formas mercantiles no capitalistas, se inscriben desde siempre sin problemas en todos los Registros Mercantiles; hasta el punto que el legislador ni siquiera ha considerado oportuno aclarar la cuestión en la nueva redacción dada al artículo 16.1 del C.de C. que no distingue entre sociedades civiles profesionales con forma civil de las que tienen forma mercantil.

De adoptarse la forma social cooperativa, ésta deviene obligatoriamente inscribible en el Registro Mercantil –además de en el Registro administrativo especial– como ya ocurre con las cooperativas de crédito y de seguros (art. 16.1.3º C.de C. y art. 81.1 d) RRM).

La Ley no regula, como es obvio, la actuación en España de sociedades profesionales “extranjeras” (constituidas con arreglo a una Ley extranjera) que podrían actuar en nuestro país a través de colegiados “españoles” (vale decir: colegiados en España aunque sean extranjeros con título homologado con arreglo a la normativa específica de reconocimiento de títulos extranjeros). Entiendo que procederá, entonces, la inscripción de la sucursal en el Registro Mercantil ex arts. 295 y ss. del RRM. Ni que decir tiene que sociedades profesionales españolas pueden tener socios profesionales extranjeros con títulos reconocidos u homologados con arreglo a la normativa que resulte aplicable.

Dice la Ley que “*con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica*”. La dicción legal del art. 8.1 generaliza, muy sensatamente, para todo tipo de sociedades profesionales, civiles o mercantiles, de capitales o personalistas, el sistema o modelo de atribución de personalidad previsto para las anónimas y limitadas en los arts. 7.1 LSA y 11.1 LSRL. Por lo demás, esta solución es conforme con el principio general que informa todo nuestro Derecho de sociedades: vid. también, por ejemplo, lo dispuesto en el art. 13 LSGR y a juicio de la mejor doctrina, es la regla que resulta de la recta interpretación de los arts. 116 (último párrafo) y 119 (primer párrafo) del C.de C. Una regla idéntica, en lo que tiene de paradigmática, puede encontrarse en el artículo 17 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002 aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

No caben aquí, pues, las dudas que cierto sector de nuestra doctrina tuvo en su día sobre si era predicable la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil de las agrupaciones de interés económico (el art. 7.1 de la Ley 12/1991 se limitaba a indicar que las mismas deben inscribirse en el Registro Mercantil; el art. 9.2 del Reglamento CEE de las agrupaciones europeas de interés económico era, en cambio, terminante) o las manifestadas a propósito de la eficacia de la inscripción en el Registro Mercantil de las mismas sociedades personalistas. Es inusualmente clara al respecto la propia Exposición de Motivos cuando dice que *“se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trate de sociedades civiles”*. Se fundamenta expresamente la oportunidad de tal medida –a fortiori compatible con la flexibilidad organizativa que también se invoca– en la necesidad de asegurar mediante la calificación del Registrador de los documentos que se presenten a inscripción, *“el cumplimiento de las obligaciones legales (.../...) tanto en el inicial momento constitutivo de la sociedad profesional como, con posterioridad, a lo largo de su existencia”* (E.M. II, párrafos 4º y 5º).

Con independencia del tratamiento que deba merecer la sociedad profesional no inscrita –que examinaremos más abajo con detalle distinguiendo entre sociedad en formación y sociedad irregular–, la sociedad profesional sólo adquiere “su” personalidad específica o, como quieren algunos, “plena” (como tal forma social), con su inmatriculación en el Registro Mercantil. La inscripción en los Colegios profesionales y la publicidad informativa en internet no cumplen ese fin. Sólo mediante la primera inscripción en el Registro Mercantil se llega a ser persona jurídica–“sociedad profesional” en el sentido de los artículos 35 a 39 del C.C.

La regla del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil subordinado a su inscripción en un registro público es una novedad relativa en nuestro ordenamiento jurídico, como se examina en su lugar (la STS 12.11.1992 (sala 1º) da por supuesto que la sociedad agraria de constitución no inscrita es una sociedad civil sin personalidad jurídica). Recomienda esta solución el principio de seguridad jurídica proclamado en la misma Constitución en su art. 9. 3. Ni que decir tiene, aunque no está de más el recordarlo, que esa técnica de atribución de personalidad con la inscripción no contraviene lo previsto en el artículo 22.3 de la Constitución (“Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad”).

Así pues, la inmatriculación de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil no es a los sólo efectos de “mera publicidad” o de oponibilidad a terceros ex art. 21.1 C.de C. Recuérdese que el citado artículo deja a salvo “los efectos propios de la inscripción”. En nuestro caso, estamos ante un supuesto de absoluta inoponibilidad de lo no-inscrito: queda excluida la oponibilidad extrarregistral en términos tales que el conocimiento (extrarregistral) de la sociedad profesional no inscrita por un tercero que entra en relaciones con aquélla (tercero que no es de “buena fe” en la terminología habitual) no le puede parar en su perjuicio. Con la posibilidad, no obstante, de que ese tercero pueda invocar la sociedad cuya existencia conozca extrarregistralmente en lo que pueda favorecerle.

Como resulta notorio, ya nadie defiende en nuestra doctrina –los tribunales son otra cosa– que los negocios celebrados con terceros a nombre de una sociedad no inscrita sean nulos (en méritos de una errada interpretación a *sensu contrario* de lo que dispone el art. 118 C.de C.). Pues bien, un cierto sector influyente de nuestra doctrina mercantil quisiera reconocer en favor de la sociedad no inscrita una cierta dosis o “grado” de personalidad jurídica –se habla en sentido tentativo de personalidad “menos plena”, “básica” o “general” – personalidad que se asociaría al fenómeno societario/asociativo externo por el hecho, para unos, de la publicitación fáctica de la actuación de la agrupación voluntaria como centro de intereses en el tráfico en el sentido, por ejemplo, de lo que se contempla en el art. 11.1 o, para otros, en base exclusivamente a la voluntad de los socios expresada en el contrato de sociedad, cualquiera que sea su forma. Esta discusión peca de exceso dogmatismo y no habrá de distraernos aquí, que de lo que se trata es de resolver el modo cómo se ventila la responsabilidad que contraen eventualmente los socios y administradores con terceros por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes o en defecto de la inscripción.

Por lo demás, no puede negarse que la sociedad profesional no inscrita pueda ser considerada como centro de imputación jurídica... a ciertos efectos legales. En realidad, ese ocasional y siempre parcial reconocimiento legal, amén de provisional, de una cierta “subjetivización” en la sociedad no inscrita es predicable cabalmente de un patrimonio separado o afecto. Un patrimonio que soporta una “sustantividad jurídico-real” en régimen de titularidad colectiva aunque provisional, en los elocuentes términos de la R.DGRN de 22.4.2000. Para reconocer esa cierta eficacia jurídica no es necesario recurrir al expediente dogmático de descubrir una cierta personalidad jurídica “menos plena” o “básica” a quien no la tiene por Ley. Aunque sólo sea en aplicación del principio lógico-filosófico de economía (la “Navaja de Ockham”: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*). Mucho más, cuando los efectos de esa relativa “subjetivización” son excepcionales y encuentran fundamento en disposiciones fragmentarias que hacen imposible la generalización coherente de unas tales reglas. Por si fuere poco, la referida incompletísima subjetivización tiene carácter transitorio y claudicante (sobre la disolución forzosa de la sociedad irregular vid. el art. 16.1 LSA).

No se es persona jurídica por el hecho de que la sociedad profesional no inscrita pueda ser declarada en concurso (art. 1.1 LC y art. 322.3 RRM) o porque la Ley nos diga que la sociedad en formación responde con el patrimonio separado formado por las aportaciones de los socios (art. 15.2 LSA). Tampoco cabe inferir que exista personalidad jurídica *ex ante inscriptione* de la doctrina de algunas sentencias según la cual se reconoce a los que actúan en interés de la sociedad no inscrita legitimación para interponer tercería de dominio ex art. 595 LEC contra embargos anotados con posterioridad a la aportación documentada fehacientemente a favor de la sociedad *in fieri* aún no inscrita (por todas, las SSTS 24.3.1984 y de 31.1.1990 en interpretación de la prelación “civil” o “sustantiva” ex arts. 1923.4º y 1927.2º C.C y art. 42.2º LH; contra el criterio de muchas otras, como por ejemplo la de STS 2.4.1990 que llega a considerar la doctrina contraria de la embargabilidad como pacífica). Estos hechos o el que la Ley procesal reconozca capacidad para ser parte a intereses colectivos sin el

atributo de la personalidad jurídica (art. 6º.1 LEC), no debe llevarnos a reconocer una suerte de personalidad “menor” –un cierto substrato básico de personalidad jurídica– en las agrupaciones voluntarias externas de personas con sustento, incluso, en el derecho constitucional de asociación (art. 22.3 Constitución).

Ni que decir tiene que antes de su inmatriculación en el Registro Mercantil no podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles los bienes aportados y a nombre de la sociedad (art. 383 RH; por todas, las RR DGRN de 31 de marzo, 1 y 30 de abril y 11 de diciembre de 1997 y 23 de febrero de 1998); aunque sea posible la inscripción de la titularidad común de los socios en la sociedad en formación (vid. R.DGRN 22.4.2000). La sociedad profesional no inscrita, por otra parte, tendrá serios obstáculos para funcionar de manera regular en el tráfico: no será reconocida como tal sociedad por el respectivo colegio profesional (art. 8.4) y no podrá “realizar actuaciones con transcendencia tributaria” –como abrir cuentas en entidades de crédito a su nombre– porque estará privada de NIF o lo tendrá tan sólo provisional (disp. ad. sexta de la LGT; art. 10 RD 338/1990, de 9 de marzo; RD 1041/2003, de 1 de agosto). Tampoco podrá la sociedad no inscrita “consolidar” como definitiva la reserva de denominación obtenida en el Registro mercantil central (art. 412.2 RRM). Y sin perjuicio, claro es, de que la falta de inscripción impida cumplir con el deber de hacer constar en toda la documentación los datos identificadores en el Registro Mercantil bajo sanción de multa (art. 24 C.de C.).

De cualquier modo, y aunque la sociedad profesional no esté inscrita ni, a lo mejor, ni tan siquiera documentada en título inscribible (por ejemplo: la que se pacta en documento privado), el contrato de la sociedad puede ser válido (con consentimiento, objeto, causa) y surte eficacia “interna”: “inter partes”, los socios de la sociedad in fieri pueden compelirse a cumplir con lo prometido en méritos de un contrato válido aunque no inscrito (arts. 118 y 119 C.de C.). Incluso, puede obligarse a los demás a elevar el contrato a escritura pública y a inscribirlo en el Registro, como en el comentario al artículo anterior tuvimos ocasión de ver.

Ni que decir tiene que podrán existir pactos parasociales en la sociedad profesional entre todos o algunos de los socios, eventualmente con terceros –como existen en las sociedades cotizadas: art. 112 LMV–; pero dichos pactos, así como con los reservados entre los socios, no son oponibles a la sociedad (art. 119.3 C.de C.; art. 11.2 LSRL; art. 7.1 LSA). En la práctica, no es inusual que los socios traten de causalizar societariamente algunos de estos pactos que no afloran en estatutos mediante un cláusula que contenga la prestación accesoria de cumplir con un llamado “protocolo” (como ocurre a veces con el llamado “protocolo familiar”). Esa mixtificación es contraria a la Ley por indeterminación (estatutaria) del contenido “concreto” de la prestación accesoria (arg. ex art. 9.1) LSA; art. 22.1 LSRL).

2. La sociedad profesional en formación y la sociedad profesional irregular

No existe en la Ley, fuera de lo que se dice en la disposición adicional segunda sobre “extensión del régimen de responsabilidad”, una regulación particular sobre la

sociedad profesional (externa) no inscrita: la sociedad profesional en formación y la sociedad profesional irregular.

En una buena sistemática –de existir un verdadero sistema coherente de sociedades en nuestro Derecho positivo– todas estas cuestiones deberían ser resueltas en sede general, para todo tipo de sociedades, como acertadamente se quiso hacer por los redactores de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002 aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (arts. 27 y ss.). De hecho, el problema se plantea en términos similares en todo tipo de personas jurídicas : para las asociaciones no inscritas vid. art. 10.4 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación; para las fundaciones “en proceso de formación”, el art. 13 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Empecemos por señalar que la Ley no establece un plazo especial para inscribir la sociedad en el Registro Mercantil. Para las sociedades limitadas, el plazo para inscribir es de dos meses a contar desde la fecha de otorgamiento de la escritura; un mes, en los demás casos (art. 15. 1 LSRL, art. 19.2 C.de C. y art. 83 RRM). El incumplimiento intempestivo de estos plazos genera la correspondiente responsabilidad de los administradores por los daños y perjuicios, pero no impide el ingreso tardío en el registro (art. 15.2 LSRL). Ello no es óbice a, que si la sociedad deviene irregular deba en su caso procederse a su disolución a instancia de cualquiera de los socios (art. 16.1 LSA).

La sociedad profesional no inscrita, aunque sea externa (“cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva o se emiten documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación”), no se entiende está “constituida con arreglo a lo previsto en la Ley” (disp. adicional segunda, 1). Quedará, pues, dicha sociedad no inscrita sujeta a lo que se prevé en la disposición adicional segunda sobre extensión a las mismas del régimen común de responsabilidad del artículo 11 de la Ley:

- a. De las deudas sociales responde la “sociedad” no inscrita con todo su patrimonio. Vale decir: que responde “el patrimonio formado por las aportaciones de los socios” como un centro de subjetivización “débil” o claudicante (sin atribución de personalidad jurídica). Situación que, como es lógico, no cambia en sustancia con la inscripción posterior de la sociedad profesional en el registro y con la subsiguiente atribución de su personalidad jurídica: ahora responderá la propia sociedad profesional, como tal sociedad profesional, y no en cuanto simple patrimonio afecto o separado del de sus socios.
- b. La responsabilidad de los socios de la sociedad no inscrita por las deudas sociales se determinará “con arreglo a la forma social adoptada” (art. 11.1 in fine en relación con el art. 1.3). Esto quiere decir que si la sociedad profesional es anónima o limitada se estará a lo que disponen los artículos 15 y 16 LSA para las respectivas situaciones de sociedad en formación e irregular. Si es una sociedad profesional personalista, la cuestión habrá de resolverse con arreglo a las reglas que hubiesen de aplicarse a las sociedades personalistas no inscritas.

- c. En todo caso, de las deudas sociales que deriven de los actos profesionales propiamente dichos responden solidariamente la sociedad (vale decir, aquí: el patrimonio afecto a la actividad) y los profesionales, socios o no, que hayan actuado según las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan (art. 11.2).
- d. Los que hubieren contratado –como administradores o representantes– a nombre de la sociedad profesional “en formación” con terceros responden solidariamente de las deudas sociales contraídas en los términos de lo previsto en el artículo 15 LSA para las sociedades profesionales anónimas o limitadas y en el art. 120 C.de C. para las personalistas. A menos, claro está, que la eficacia de tales actos y contratos hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad profesional ya inscrita (art. 15.1 in fine LSA aplicable por analogía a todo tipo de sociedades).
- e. Si el contrato es válido, las partes pueden compelerse, incluso judicialmente, a llenar la forma necesaria para la inscripción en aplicación de lo dispuesto en el art. 1279 C.C. Puede obtenerse el cumplimiento forzoso en forma específica en la forma prevista en el art. 708 LEC.

El problema del régimen jurídico de las sociedades profesionales “en formación” es el que se deriva de la existencia de una verdadera laguna legal en cuestión atinente al estatuto jurídico de las sociedades personalistas no inscritas. El mismo problema ha sido advertido por los estudiosos de la agrupación de interés económico cuyo régimen jurídico propio en la Ley 12/1991, de 29 de abril cuenta tan sólo con una norma especial (en su artículo 7.2; se aplica supletoriamente el régimen de las colectivas).

Con una buena parte de nuestra doctrina (a propósito de las agrupaciones de interés económico en formación), soy también de la opinión que, por su valor paradigmático o ejemplar, cabe la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 15 LSA para colmar esa laguna.

Esto significaría que, incluso para las sociedades profesionales personalistas en formación:

1. Los socios, profesionales o no, de una sociedad profesional en formación pueden ceñir su responsabilidad personal patrimonial hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar, en los términos de lo previsto en el artículo 15.2 LSA y en relación con por las deudas sociales a que se refiere ese artículo: actos indispensables para la inscripción, los realizados por administradores dentro de las facultades concedidas, los estipulados en virtud de mandato específico.
2. Una vez inscrita la sociedad profesional en el Registro Mercantil, pueden los administradores y representantes, así como los socios, sean o no profesionales, quedar liberados de la responsabilidad solidaria por las deudas sociales que hubieren contraído en la fase en formación en los términos de lo previsto en el artículo 15.3 LSA –aplicable por analogía– siempre que tales deudas sociales sean de las especificadas en el párrafo anterior del

artículo 15 LSA (actos y contratos indispensables para la inscripción, los comprendidos en las facultades conferidas o estipulados expresamente en el pacto) o hubieran sido aceptadas por la sociedad profesional en el plazo de tres meses desde la inscripción. Eso sí, ese cese no es aplicable a las responsabilidades por deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos ex art. 11.2.

Entiendo que también cabría hablar de una sociedad profesional irregular cuando se acredite la no intención de inscribirla en el Registro Mercantil.

Si la sociedad profesional irregular es de las capitalistas (anónima, comanditaria por acciones o limitada), habrá que estar a lo previsto en el artículo 16 LSA. Es decir: sobrevinida que sea la irregularidad, verificada la no voluntad de inscribir la sociedad en el registro o transcurrido el plazo de un año del otorgamiento sin que se haya solicitado la inscripción, puede pedirse a instancia de cualquier socio su disolución y el reparto del haber social remanente ex art. 16.1 LSA. Si la sociedad ha iniciado o continúa sus actividades deberían aplicarse las normas de la sociedad civil (en atención a su objeto). Según la opinión común: estaríamos ante una responsabilidad personal e ilimitada, aunque mancomunada (no solidaria), de los socios por las deudas sociales (art. 16.2 LSA en relación con lo dispuesto en el art. 1698 C.C.). Eso sí, siempre debe quedar a salvo la responsabilidad solidaria de quienes, sean o no socios, responden solidariamente de las deudas que deriven de los actos profesionales propiamente dichos (art. 11.2 y disp. ad. segunda).

Con otros autores, soy partidario de entender aplicable por analogía lo descrito anteriormente a las sociedades profesionales personalistas.

3. El contenido de la inscripción en el registro mercantil de las sociedades profesionales

Sin excesiva corrección técnica, los artículos 8.2 y 8.3 tratan respectivamente de las “circunstancias de la primera inscripción” y del “contenido de la hoja registral”, para utilizar la terminología consagrada en la práctica registral y en el RRM.

En la inscripción primera –dicha de “inmatriculación”– de la sociedad profesional en el Registro Mercantil se harán constar, desde luego, “menciones” o “circunstancias” exigidas para cada forma social adoptada por el RRM. Así lo dice el art. 8.2 que debe ponerse en relación con lo que disponen los arts. 114, 175, 209 y 210 y 213 RRM para las anónimas, limitadas, colectivas y comanditarias simples y comanditarias por acciones, respectivamente. Falta un precepto equivalente, como es obvio, para las civiles profesionales, hasta ahora no inscribibles en el Registro Mercantil (se contenía una tal regulación en el art. 269 bis insertado en el RRM, en la redacción dada por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre, que luego sería anulado por STS).

En realidad, las circunstancias de la primera inscripción coinciden con el contenido de la escritura y de los estatutos sociales por lo que vale reproducir lo antes examinado.

Una vez inmatriculada la sociedad profesional, en la hoja abierta a la sociedad profesional en el Registro Mercantil se inscribirán los hechos de obligatoria o potestativa inscripción que determina la Ley y el RRM: art. 22 C.de C. y 94 RRM. Lo que, desde luego, incluye las modificaciones de estatutos y todo lo referente a los administradores (compárese los arts. citados con lo que dispone el superfluo art. 8.3) pero también otros muchos: nombramiento y separación o renuncia de apoderados o auditores, emisión de valores, situaciones concursales etc..

Es de advertir cómo la dicción literal del artículo 8.3 parece exigir la constancia en escritura pública para la inscripción en el Registro mercantil de cualquier cambio de administradores, como si se tratara de una modificación social. Con todo, es bien sabido, que el título inscribible en el Registro Mercantil del nombramiento y la separación de los administradores no es tan sólo la escritura pública sino que es perfectamente posible, además de habitual, la certificación del acta expedida en debida forma y con las firmas legitimadas notarialmente, el testimonio notarial de dicha acta o la copia autorizada del acta notarial de la junta (art. 142 RRM).

Además de ello, el artículo 8.3 exige que *cualquier cambio de socios* se haga constar en el Registro Mercantil. En la inscripción se harán constar los datos necesarios para la constancia de la identidad, el número de identificación fiscal incluido y, desde luego, el número de colegiado y Colegio Profesional de pertenencia en el caso del socio profesional (art. 38 RRM y arts. 2 b), 8.2 e)..

Esta preceptiva publicidad registral de los socios no plantea especiales problemas respecto de los socios profesionales y de los socios, sean o no profesionales, que tengan la cualidad de socios colectivos o comanditarios. En cuanto a estos últimos –colectivos o comanditarios– no hay ninguna novedad en el Derecho vigente. En relación con los primeros se amplía el perímetro objetivo de la institución registral.

Aunque por regla general los cambios de accionistas o de partícipes operan al margen del registro –no se inscribe en el Registro Mercantil la alteración de la base subjetiva de las sociedades de capital– la publicidad obligatoria de los cambios de socios profesionales (entradas y salidas de los mismos) en la sociedad profesional, incluso en la de capitales, es cosa perfectamente justificada en atención al particular régimen de responsabilidad de los socios profesionales que se consagra en la Ley en sus arts. 2, 5.2, 9, 11, 14.3 y disp. ad.secunda y del régimen de prestación accesoria del ejercicio de la actividad que pesa sobre las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales ex art. 17.2. El tercero que consulta el registro tiene todo el Derecho del mundo a conocer estos extremos. Como el registrador comunica al Colegio Profesional respectivo –o a los Colegios respectivos ex art. 8.6– la práctica de la inscripción en el mercantil de los hechos registrables relativos a la sociedad profesional con indicación del extremo relativo a la identificación de los socios (o su alteración), aquél conoce de tales extremos para que pueda ejercer las competencias que le atribuye el ordenamiento sobre sus colegiados (arts. 8.4 y 9)

En la práctica, ello significa una ampliación del elenco de hechos inscribibles en el Registro Mercantil. Además de los hechos inscribibles mencionados en los arts. 22 C.de C. y 94 RRM se inscriben en el Registro Mercantil con carácter obligatorio:

- a. Las altas o entradas de nuevos socios profesionales cualquiera que sea su causa: en méritos del correspondiente aumento de capital que sirve de cauce a la promoción profesional (art. 17.1 b) o, incluso, por adquisición inter-vivos o mortis causa de acciones o participaciones que lleven aparejada la prestación accesoria característica de la condición de socio profesional (arts. 12, 15 y 17.2).
- b. Las bajas o pérdida de la condición de socio profesional por cualquier causa: separación (art.13), exclusión por cualquier causa legal o estatutaria incluyendo la inhabilitación para ejercer en virtud de resolución judicial o corporativa (arts.4.4 y 14), fallecimiento (art.15); reducción de capital para "ajustar la carrera profesional de los socios" (art. 17.1 c) bis) o por transmisión de las condición de socio incluso mediante adquisición de las acciones o participaciones del socio profesional por la propia sociedad en autocartera (arts. 12 y 17 d).
- c. Se inscriben en el Registro Mercantil los cambios en los datos de identificación registral de los socios del art. 38 RRM: los de identificación del socio profesional que es a su vez una sociedad profesional (cambio de denominación, transformación, fusión etc...) y las alteraciones sobrevenidas de dichos datos del socio persona física, incluso por simple instancia unilateral del interesado, acompañada en su caso del certificado colegial (arg. ex art. 27.5 LSRL, por analogía)

Como el artículo 8.3 no distingue ("cualquier cambio de socios y administradores"), cabe entender que también son inscribibles en el Registro Mercantil las entradas y salidas de socios no profesionales. Ello permitirá en cualquier momento conocer con todo rigor la base subjetiva de la sociedad profesional y el control del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que en cuanto a su composición se establecen en el artículo 4 de la Ley.

Las altas y bajas de socio no profesional, como es obvio, son inscribibles cualquiera que sea su causa: en méritos de los correspondientes aumentos y reducciones de capital social, por transmisiones inter vivos o mortis causa de acciones o participaciones, la separación o exclusión del socio, el fallecimiento del mismo etc. Incluso por adquisición por parte de la propia sociedad de sus acciones o participaciones ex art. 17.1 d). Esta completa publicidad registral de la composición societaria hace incompatible la sociedad profesional con la condición de sociedad cotizada.

4. La inscripción de la sociedad en el registro de sociedades profesionales del colegio profesional (art. 8.4)

La Ley prevé la creación de un registro de sociedades profesionales en cada colegio en donde se inscriban las que se constituyan (art. 8.4 y disp. transitoria segunda). Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, algunos colegios profesionales (los

de abogados, arquitectos), de acuerdo con su normativa reguladora, se habían anticipado a sus previsiones y han venido creando registros de sociedades profesionales en aquellos casos en que su normativa específica permitía el ejercicio de la profesión bajo alguna forma societaria. En cuanto a las sociedades existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, no debidamente inmatriculadas en los registros colegiales, pero que a partir de ahora sí serán inscribibles en ellos, puede verse, en Derecho transitorio, lo que se establece en la disp. trans. 2ª.

De la organización de ese registro colegial poco, muy poco, dice la Ley. Tan sólo que deben existir en todos y en cada uno de los colegios, algo sobre su eficacia meramente informativa de las autoridades colegiales, su contenido, y, finalmente, sobre la coordinación interregistral (Registro Mercantil-registro colegial). Nada se dice sobre las cuestiones de organización registral, el procedimiento, la técnica de ordenación del archivo, la publicidad formal, las tasas de inscripción etc.; cuestiones que quedan confiadas a las normas particulares que lo han de regular (probablemente, el estatuto de cada colegio, quizás, también o es sustitución, los reglamentos).

La *competencia ratione materiae* del registro colegial se determina por razón de la actividad profesional indicada en el objeto (abogados, auditores, educadores sociales, farmacéuticos, registradores etc.). Como quiera que es posible –siempre que su desempeño no haya sido declarado incompatible– el ejercicio de varias actividades profesionales por una sociedad multidisciplinar ex art. 3, la sociedad habrá de inmatricularse en tantos colegios profesionales como actividades constituyan su objeto, “quedando sometida a las competencias de aquél que corresponda según la actividad que desempeñe en cada caso” (art. 8. 6).

La *competencia territorial* del registro colegial se determina en atención al domicilio estatutario de la sociedad profesional (art. 8.4, párrafo primero). Como es lógico, habrá que observar las reglas de demarcación territorial aplicables a cada profesión y colegio profesional ya que no existe un patrón único. Los cambios del domicilio estatutario de la sociedad profesional pueden dar lugar a problemas de coordinación interregistral –entre el o los Registros mercantiles y el o los registros colegiales– sobre todo, porque la competencia territorial del registro no tiene por qué coincidir con la del colegio (los registros locales son básicamente provinciales, lo que no ocurre con los colegios). Si el domicilio se cambia a la circunscripción territorial de otro colegio, el registrador que inscribe el cambio de domicilio hará bien en comunicar esta circunstancia no sólo al colegio de destino sino también al de origen para que se cierre la hoja registral y se dé de baja la sociedad en el registro colegial. De lo contrario, no es extraño que pueda provocarse una doble inmatriculación.

La corporación de Derecho público que es el respectivo colegio profesional ejerce por delegación del Estado una función de supervisión sobre sus colegiados cuyo contenido se determina por la normativa particular de carácter general (Ley de colegios profesionales, estatal y autonómicas) y la de carácter particular (normativa, estatal y autonómica, que disciplina el ejercicio profesional y los colegios profesionales, así como los estatutos de cada colegio). La regulación puede ser muy abigarrada, que no es el trato estudiar aquí. Bástenos saber que para el ejercicio de sus funciones

propias el colegio debe tener identificados y poder conocer en todo momento a sus colegiados, al objeto de poder ejercitar sus funciones de ordenación del ejercicio profesional, visado, control deontológico, potestad disciplinaria etc (cfr. art. 9). Por otra parte, ese registro permitirá al colegiado el ejercicio de sus derechos de participación en la gestión colegial, información, reclamación etc.

La inscripción de una sociedad profesional en el registro colegial persigue los “*solos efectos de su incorporación al mismo y de que éste (el colegio) pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados*”. Con el adverbio “sólo” quiere indicarse que la inscripción en el registro colegial no tiene, desde luego, eficacia constitutiva, como la tiene la inmatriculación en el Registro Mercantil. Ni siquiera la Ley contempla, como ocurre con sociedades en sectores regulados (crédito, seguros, inversión colectiva, mercado de valores...) que se subordine el inicio del ejercicio de la actividad profesional que constituye el objeto social a la inscripción en el registro colegial (inscripción como requisito de habilitación profesional).

Como es obvio, por lo demás, la inscripción en el registro colegial es irrelevante a los efectos de oponibilidad a terceros de lo inscribible. No puede decirse, por fin, que la finalidad de la inscripción sea la publicidad legal de los datos inscritos. De hecho, nada se dice sobre la difusión que haya de darse por el colegio a esa información. Habrá de estar a la normativa específica que por lo general no impedirá la publicidad-noticia del contenido del registro... al menos a sus colegiados. En relación con los terceros, la difusión de información se consigue a través del sistema registral y a través de la que se suministra en el portal al que nos referiremos más abajo.

En cuanto al *contenido del registro colegial*, la Ley utiliza una terminología propia del Registro Mercantil cuando habla de la “inscripción” de la sociedad profesional, cuando la técnica de llevanza puede ser muy distinta. Pues bien, en la matrícula colegial de la sociedad profesional se hará mención de todos los extremos señalados en el artículo 8.2; precepto que precisa, como acabamos de ver, las “menciones” registrales de la primera inscripción. A efectos prácticos, el registro colegial traslada a su sistema registral el contenido completo del asiento de inmatriculación practicado en el Registro Mercantil, todos los estatutos incluidos, lo que quizás sea excesivo (¿a qué fin?). Una vez inmatriculada la sociedad profesional, el contenido de la “hoja registral” es el que se determina así: *“cualquier cambio de socios y administradores y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales*”. No puede decirse que necesariamente todo hecho inscribible e inscrito en el Mercantil deba publicarse en el registro colegial: es evidente que existirán actos y hechos publicados en el Mercantil que no habrán de ser necesariamente comunicados al respectivo colegio, como ocurre, por ejemplo con hechos inscribibles que no son modificación del contrato social y sí, en cambio, son irrelevantes a los fines de supervisión colegial tales como el nombramiento de auditores, los apoderamientos, las cuentas anuales depositadas, las anotaciones de demanda etc.

Obsérvese con todo que, en rigor, para el cumplimiento de sus fines específicos, no hubiera sido absolutamente imprescindible la existencia de un doble sistema regis-

tral –el Mercantil/el registro colegial– toda vez que el Registro Mercantil es público, lo que asegura el acceso a la información relevante por los propios colegios. De todas formas, se ha evitado la carga burocrática de la doble inscripción en sendos registros mediante un prudente sistema de *coordinación inter-registral*.

El sistema de coordinación entre registros previsto en la Ley es, técnicamente, mucho mejor que el originariamente diseñado por los redactores del texto elaborado por la Comisión General de Codificación. El mecanismo previsto entonces pasaba, primeramente, por una inscripción en el registro colegial y, luego, una posterior inscripción en el Registro Mercantil, en los casos en que ésta fuera preceptiva (no se contemplaba la inscripción de la civil en el Registro Mercantil). Este es el sistema existente, por ejemplo, en el Derecho alemán en la Ley de 31 de agosto de 1998 (BRAO 1998) referente a la a las sociedades de abogados de adoptan la forma de la sociedad de responsabilidad limitada-GmbH (“Rechtsanwaltsgesellschaft”). Se supone que se evitan así situaciones interinas dado que la habilitación para el ejercicio de la actividad profesional requiere la inmatriculación colegial. La previa inscripción en el registro colegial se acredita mediante una certificación del órgano colegial que se acompaña a la solicitud de la inscripción en el Registro Mercantil. Con todo, de una parte, existe una dualidad de trámites que encarece la carga burocrática y retrasa la constitución (la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil es rogada) y además, genera delicados problemas derivados del control preventivo particular realizado por cada organismo si, como es perfectamente posible, el Registrador advierte defectos en la sociedad inscrita ya en el Colegio.

La inversión de los trámites es muy sensata. Lo más conveniente es que la sociedad profesional no acceda al registro colegial sino cuando ya está constituida en Derecho y, eventualmente, subsanados los defectos detectados en la calificación. Téngase en cuenta que el Registrador despliega un control de legalidad profundo tanto sobre el fondo como sobre la forma del negocio o título inscribible (previsiblemente más intenso que el desplegado por el colegio profesional) y que, además, puede/ debe contrastar en sede de calificación el requisito de composición subjetiva profesional de la sociedad porque exigirá que se le acredite el colegio profesional al que pertenecen los socios mediante el correspondiente certificado colegial (art. 7. 2 b). Como quiera que el Registrador Mercantil comunica de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones (se supone que inmediatamente haya practicado la inscripción; el art. 8.4 no establece plazo), es de esperar que la interinidad no sea especialmente preocupante. El legislador presupone, como será lo más corriente, que el colegio profesional no dejará de inscribir la sociedad en el registro colegial toda vez que ya se ha cumplido con el control de legalidad.

Cabe señalar, no obstante, que la regulación sobre la coordinación inter-registral no deja de plantear algunas pequeñas cuestiones de técnica. No se especifica en la Ley, por ejemplo, nada sobre la forma de comunicación registral. Es de suponer que podrán emplearse todas las técnicas hábiles de comunicación–no sólo la postal, también la telemática si es que el estado de la técnica de los colegios lo permite– y que la inscripción en el registro colegial se fundará, como es lógico, en certificado expedido por el registrador bajo su firma (incluso electrónica). Tampoco se dice nada sobre la oportuna constancia en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil

de los datos de inscripción en el registro de sociedades profesionales como se hace, por ejemplo, con ocasión de la comunicación al Registro central y la publicación en el boletín (arts. 18.3 C.de C. y 384 RRM). En pura técnica registral, lo más correcto es hacer constar mediante nota marginal la comunicación de oficio efectuada por el Registrador Mercantil al colegio profesional con su fecha y, luego, también, por nota marginal, en méritos de una comunicación recíproca del colegio profesional al Registro Mercantil, los datos de inscripción en el correspondiente registro (art. 85.2 RRM).

5. La publicidad de las sociedades profesionales en el portal(es) público(s) en Internet (artículo 8.5)

La idea de crear un sistema de publicidad en internet de difusión sectorial de los datos anteriormente publicados en los Registros Mercantiles no constituye una novedad en nuestro Derecho positivo. Recordemos que muy recientemente al amparo de lo previsto en el art. 198 Ley Concursal se ha creado un registro de resoluciones concursales cuya gestión se encomienda al Colegio de Registradores (RD 685/2005, de 10 de junio). Algo similar se hace aquí en relación con el denominado "Registro de sociedades profesionales" a través del correspondiente portal en Internet.

Sin perjuicio de remitirse a un desarrollo reglamentario, la Ley establece el cuadro normativo mínimo en lo referente a la naturaleza y función del sistema de publicidad, su contenido, organización y funcionamiento.

En puridad, aunque se emplee tal denominación en la Ley, no estamos ante un verdadero "registro público" en el sentido tradicional del término. No puede ni debe confundirse la publicidad registral de las sociedades profesionales que se obtiene a través de la publicidad formal del Registro Mercantil, con la publicidad meramente informativa ahora. Aunque su contenido pueda coincidir (en el portal se publica "el contenido de la hoja registral"), los efectos jurídicos de una y otra forma de publicidad legal son muy diferentes. La inscripción en un registro público reviste a lo publicado del carácter de verdad oficial, de manera que el estado protege al tercero que confía en la apariencia tabular. Como es obvio, el Registro de sociedades no puede aspirar a cumplir su función.

El RSP es un nuevo servicio público que instrumenta una publicidad legal con meros efectos informativos. Siguiendo la terminología utilizada por la doctrina italiana estaríamos ante una nueva forma de "publicidad-noticia". Entiéndase bien: lo que se trata de asegurar es la cognoscibilidad legal de lo publicado de manera que los terceros interesados, sin necesidad de acreditar un interés legítimo puedan estar adecuadamente y puntualmente enterados de la correspondiente situación jurídica societaria. En sentido negativo, la publicidad "registral" es "simple" "publicidad formal" y no produce los efectos de "publicidad material" específicos de los registros de personas y que suelen traducirse en los denominados principios de legitimación, oponibilidad y fe pública registral que quedan amparados por la legislación específica.

El acceso al portal de Internet es público, gratuito y permanente (los mismos términos empleados en el art. 6.1 del Decreto del Registro de Resoluciones Concursales).

Así las cosas, conviene no obstante realizar algunas precisiones sobre la eficacia de la publicidad informativa del RSP:

1. La publicidad informativa del RSP no excluye las otras formas de “publicidad formal” de los correspondientes registros públicos y los colegiales.
2. La publicidad en el RSP no suplente ni siquiera la publicación en el BORME aunque tal cosa debiera ser posible con carácter general (la Directiva prevé un boletín informático).
3. La coexistencia de la publicidad informativa del RSP y las otras formas de publicidad puede dar lugar a discordancias de contenido. Con todo, esa situación debería ser excepcional si se asegura una eficiente coordinación interregistral.

La transparencia de las sociedades profesionales es cuestión que obsesiona al legislador porque la Ley multiplica los sistemas de publicidad legal: (i) La publicidad formal del Registro Mercantil que alcanza a todo el contenido de los hechos inscribibles, los estatutos incluidos y que asegura el acceso informativo a través de internet y del portal del propio Colegio de Registradores (www.registradores.org; art. 23 C.Com que se remite a lo dispuesto en los artículos 221, 222, 227 y 248 L.H. en lo referente a la “publicidad telemática de los Registros Mercantiles”); (ii) La publicidad formal del propio Registro Mercantil Central que también es telemática y que se refiere a su propio contenido (art. 382 RRM); (iii) La publicación de los datos inscribibles en el Registro Mercantil en el BORME ex arts. 21 C.Com; boletín que debería estar en formato electrónico en los términos de lo previsto en el art. 3.4 de la Directiva 68/151/CEE; (iv) La publicidad que pueda darse no sólo a colegiados sino eventualmente a terceros a través de los “registros colegiales” ex art. 8.4; (v) Por fin, la publicidad en el portal de sociedades profesionales del art. 8.5 y que ahora estudiamos.

El nuestro es un “registro” muy probablemente innecesario porque muy poco añade al sistema de publicidad legal de las sociedades profesionales salvo en lo referente a su gratuidad. Por si fuera poco, además, la Ley establece un doble circuito de publicidad en Internet: el estatal, necesario en todo caso, y que está “bajo la responsabilidad” del Ministerio de Justicia y, eventualmente, el autonómico que las CC.AA. pueden establecer en su ámbito territorial ex art. 8.5 & 4.

En cuanto al contenido del RSP, sólo se nos dice que en el correspondiente portal en Internet se dará publicidad “del contenido de la hoja registral”, sin que sepamos –hasta que lo precise el reglamento– cómo ha de estructurarse esa información y si en Internet debe publicarse todo cuanto figura en el registro –los estatutos enteros, por ejemplo– o un extracto, como parece más razonable.

Poco sabemos de cierto sobre cuál ha de ser la organización del portal. La titularidad del servicio público ha generado alguna discusión parlamentaria toda vez que, so pretexto de la competencia exclusiva de las autonomías en materia de colegios profesionales, se pidió por algunos grupos parlamentarios en enmiendas presentadas en el Senado la sustitución de la responsabilidad del Ministerio de Justicia por la de

las Comunidades Autónomas respectivas. Las enmiendas no prosperaron pero se ha llegado a una solución de compromiso: se establece en todo caso un registro estatal “bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia” y se contempla la eventual creación por las CC.AA., “en idénticos términos” de otros portales en Internet en relación con las sociedades profesionales en sus ámbitos respectivos (con el consiguiente lío organizativo cuando la sociedad cambia el domicilio al de otra comunidad autónoma).

En lo que hace al “registro” estatal, la Ley faculta al Ministerio de Justicia para establecer el régimen de organización, gestión y funcionamiento del portal. Lo suyo será que se haga aquí algo similar a lo que se hizo en su día con el registro de resoluciones concursales mediante el correspondiente desarrollo reglamentario (en su caso, Decreto y Orden Ministerial). Por elementales razones prácticas –como quería algún grupo parlamentario durante la tramitación de la Ley– convendría atribuir la gestión material del portal, como encargado del mismo, al Colegio de Registradores de manera que siga siendo el Ministerio de Justicia el *responsable a los efectos de la legislación de protección de datos*, ostentado, en cambio, el Colegio de Registradores la mera condición de “encargado del fichero” ex art. 8.1 g) Decreto en relación con lo que se establece el art. 3 LOPD. Es decir: que esa corporación sea la autoridad o servicio público que trata los datos personales por cuenta del Ministerio de Justicia como responsable último del fichero.

La cosa es que la coordinación interregistral se articula a través de la remisión periódica de los datos que se encomienda a los colegios profesionales cuando éstos tienen su información del correspondiente Registro Mercantil. El doble circuito informativo –del Registro Mercantil al Colegio profesional; del Colegio Profesional al responsable de la gestión del registro en internet– no supone ninguna ventaja; antes al contrario, probablemente será fuente de errores y discrepancias evitables si la coordinación se vasculara sobre el Registro Mercantil y su Colegio como acontece con el Registro de resoluciones concursales. Además, el reparto de competencias entre autonomías entraña una fragmentación de registros en internet que disminuye la eficacia de la publicidad añadida... a menos que exista un portal único de referencia de carácter nacional que redirija a los autónomos.

Disposición Adicional Cuarta. Modificación del Código de Comercio

1. Se modifica el artículo 16.1 séptimo del Código de Comercio, que quedará redactado con el siguiente tenor:

“Séptimo. Las Sociedades Civiles Profesionales, constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica de Sociedades Profesionales.”

2. Se añade un apartado Octavo al artículo 16.1 del Código de Comercio, con la siguiente redacción:

“Octavo. Los actos y contratos que establezca la Ley.”

Historia de la norma legal

A lo largo de toda la tramitación parlamentaria, la norma no ha variado: el texto definitivo coincide con el del Proyecto.

Amén de constituirse como anónimas o limitadas, es sabido que la única manera tradicionalmente existente en nuestro Derecho positivo para que las sociedades que desarrollan una actividad civil, como es la profesional, puedan acceder al Registro Mercantil, pasa por la adopción de una forma mercantil personalista (colectiva o comanditaria simple) al amparo de lo previsto en el muy discutido artículo 1.670 C.C. Reconocida la posibilidad en la práctica registral y en los viejos textos reglamentarios, la inscripción en el Registro Mercantil de las *sociedades "mixtas"* del citado artículo 1.670, era sin embargo, cuestionada por un cierto sector de la doctrina mercantilista con el argumento de que dichas entidades no son sociedades mercantiles (en atención a su objeto civil) y que su publicidad resultaría entonces contradictoria con el fin de la institución. No en vano, se dice, la publicidad registral atañe al estatuto de "comerciante" y las civiles por el objeto no son sujetos mercantiles (empresarios). Por otra parte, las *sociedades civiles "puras"*, e.d. constituidas bajo las prescripciones del Código Civil como sociedades externas, han quedado fuera de todo sistema de publicidad registral hasta muy recientemente y, peor o mejor, han sido reconocidas por el Fisco (que las atribuye NIF con que operar) aunque ha habido épocas que discutía si tenían la naturaleza de "entes sin personalidad jurídica".

Con carácter particular, existe un tipo de sociedad civil, la Sociedad Agraria de Transformación, que está sujeta por la normativa reguladora específica a la obligatoria inscripción en un registro administrativo particular cuya gestión se ha atribuido a las administraciones autonómicas y cuyo funcionamiento es enteramente análogo al previsto para el Registro Mercantil (vid. Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto por el que se aprueba el estatuto que regula las SAT; Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 14 de septiembre de 1982).

La Resolución de la DGRN de 31.3.1997 negó la personalidad jurídica de las sociedades civiles que no adoptaran forma mercantil en recurso interpuesto contra la calificación de un Registrador de la Propiedad que denegó la inscripción de un inmueble a nombre de una sociedad civil. Esta tesis tan peculiar causó una verdadera conmoción en el mundo jurídico que reaccionó con sañudas críticas. La Dirección General reprodujo los mismos argumentos de la antes citada resolución en la de 11. 12.1997. A la vista del escándalo generado, se intentó dar cobertura legal a dicha "doctrina" aprovechando la ocasión de la reforma del Reglamento Hipotecario. Efectivamente, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario dice realizar también una modificación del Reglamento del Registro Mercantil mediante una disposición adicional única; reforma que se justifica en la Exposición de Motivos con la invocación de la conveniencia de facilitar a todas las sociedades civiles –las "puras" y las "mixtas"– "las ventajas del reconocimiento a través de un instrumento de publicidad erga omnes".

La reforma añadió una sección 5ª, al capítulo IX del título II, bajo la rúbrica "De la inscripción de las sociedades civiles", integrada por un único artículo 269 bis que establecía lo siguiente:

1. Las sociedades civiles con forma mercantil serán objeto de inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado.

2. Las sociedades civiles que no tengan forma mercantil podrán inscribirse con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto sean aplicables.

En la inscripción 1ª de las sociedades civiles se hará constar las siguientes circunstancias:

1. La identidad de los socios.

2. La denominación de la sociedad en la que deberá constar la expresión "sociedad civil".

3. El objeto de la sociedad.

4. El régimen de administración.

5. Pacto de duración si se hubiera pactado.

6. Los demás pactos lícitos que se hubiesen estipulado.

En la hoja abierta a la sociedad serán inscribibles el nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, su modificación o revocación, la admisión de nuevos socios, así como la separación o exclusión de los existentes, la transmisión de participaciones entre los socios, y las resoluciones judiciales o administrativas que afectan al régimen de administración de la sociedad".

La STS (3ª) de 25.2.2000, anuló la trascrita disposición adicional por infracción manifiesta del principio de jerarquía normativa toda vez que el Código de Comercio establece que el acceso al Registro Mercantil se establece por Ley. En definitiva, porque la expresión del artículo 16.1.5 del Código de Comercio, "cuando así lo disponga la Ley" debe ser entendida como reserva formal de Ley. El fallo causó el natural alborozo en la doctrina crítica.

En el orden de las sociedades civiles profesionales cabe mencionar que, en la VI y luego, por traslado de la iniciativa, en la VII legislatura, el Parlamento de Cataluña, presentó una Proposición de Ley de regulación de las sociedades civiles de actividades entre profesionales cuyo texto puede encontrarse en el Boletín del Congreso, VI legislatura, 14 junio 1999, Expediente 125/000021. En esa Proposición se contemplaba la inscripción constitutiva del tipo sui generis de sociedad civil que allí se diseñaba a cuyos efectos se contemplaba la creación de una sección especial dentro del Registro Mercantil (cfr. art. 7).

El texto de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales elaborado por la sección mercantil de la Comisión de Codificación carecía de un artículo como el presente. Dicha omisión planteaba un problema de sistemática toda vez que se reconocía el principio de libertad organizativa con arreglo a cualquiera de las

formas societarias previstas en las leyes (lo que desde luego y en primer lugar incluía la sociedad civil) y se contemplaba también la inscripción en el Registro mercantil de las Sociedades Profesionales. Como quiera que la sociedad civil no se inscribe, hasta ahora, en el Registro Mercantil, la dificultad se salvaba en el texto indicándose que, una vez inscrita en el Registro Profesional, la sociedad profesional se inscribirá en el Registro Mercantil “cuando corresponda por razón de la forma social adoptada” (art. 7.4 PALSP). El proyecto de Ley aprobado por el gobierno establece con todo rigor en su Exposición de Motivos que “se someten las sociedades profesionales a un régimen de inscripción constitutiva en el Registro Mercantil en todos los casos, incluso cuando se trata de sociedades civiles”. Muy probablemente la razón de esta inclusión es asegurar de esta forma el control de legalidad por el Registrador en sede de calificación porque en la misma Exposición de Motivos se nos dice que los Registradores Mercantiles están llamados “a garantizar la operatividad del sistema (de publicidad, se entiende) asegurando el cumplimiento de las obligaciones legales mediante la calificación de los documentos...”.

1. La tradicional, y anacrónica, ausencia de publicidad registral de la sociedad civil

La falta de publicidad de la sociedad civil externa, sin duda consagrada en nuestro C.C., no es algo de lo que debamos sentirnos orgullosos porque hoy constituye un verdadero anacronismo. Por mucha tradición que tenga esta situación normativa (los romanos desconocieron la publicidad registral de las personas jurídicas tal y como ahora la entendemos), estamos ante un residuo histórico de categorías que tuvieron sentido en la época gremial.

Es bien sabido que en la época intermedia, lo que ahora llamamos “sociedad” bajo la forma de *compañía* o similar o de *commenda* no constituía una forma de asociación exclusivamente mercantil, en cuanto que, en ocasiones, los “compañeros” no perseguían una actividad propia de mercaderes (Juan de Hevia Bolaños, Curia Philipica, 2º tomo, lib. 1, cap. 1). En principio, ese contrato no se registraba en ningún sitio público (vid. Las Partidas, P.V, tit. X). Sin embargo, en la práctica de los consulados de mercaderes, surgió la costumbre de depositar las escrituras de constitución de sociedades que pactaban los agremiados y al fin de darlas a conocer de los terceros (Ordenanzas de Bilbao de 1737, cap. X, núms. 5, 8, 17). El más remoto antecedente de tal costumbre se encuentra en la práctica de las corporaciones de *mercatores* (*mercanzia*) reguladas en el derecho estatutario comunal del Medioevo italiano. A partir del siglo XII se prevé en muchos statuti el registro de las escrituras de “sociedad”, especialmente como mecanismo de hacer efectiva la limitación de responsabilidad del comanditario (el estatuto de Florencia es ejemplar: le siguen los de Bolonia, Luca, Roma...).

En esa práctica gremial y “consular” está el origen próximo de la previsión contenida en el Código de 1829 que introduce en España el Registro Mercantil con una separación en dos secciones: de una parte, la matrícula de comerciantes y, de otra, el registro de documentos en el que debían hacerse constar, entre otras cosas, las es-

crituras de “compañías mercantiles” llamadas indistintamente también “sociedades mercantiles” (arts. 22 y 264 y ss del Código). La inscripción en el “registro público del comercio” se justificaba entonces como una especialidad del ordenamiento propio de los comerciantes que cuando eran personas físicas tenían tal cualidad, “fuero” o “privilegio” no sólo por tener por ocupación el tráfico mercantil sino, además, por su matrícula (art. 1 Código 1829). La publicidad de las compañías de comercio en las “especies” ahora muy bien descritas (colectivas, comanditarias y anónimas de los arts. 264 y ss., C de 1829), es una consecuencia lógica de ese régimen especial de honda raigambre todavía gremial.

Nuestro Código Civil, diseñó la sociedad civil según el modelo francés de la codificación y el de la *societas* romana tal y como se conoció y practicó en Derecho histórico, bajo la forma, entre otras, de la *compañía* (vid. Las Partidas, Partida V, Tit X). Con estos antecedentes y apartándose de los gremiales, el Derecho común de sociedades, representado por la normativa sobre la sociedad contenida en el C. C, ignoró la cuestión de la publicidad registral de aquéllas (como no fuera a través del expediente del art. 1.670), de suerte que se admite sin reparos la existencia de sociedades externas y dotadas del atributo de la personalidad jurídica sin inscripción en ningún registro público; lo que no deja de constituir una anomalía en nuestro sistema donde la inscripción en un registro público de las personas jurídicas bajo las variadísimas formas organizativas constituye la regla general.

La prueba de que la clandestinidad de la civil no se compeadece con la “realidad social en que las normas deben ser aplicadas”, han sido los diversos intentos legislativos por conseguir ese propósito en un sistema registral como el nuestro fragmentado hasta la exasperación. Existe, para empezar, un tipo especial de sociedad civil, la sociedad agraria de transformación (cuyas siglas son “S.A.T”), para cuya eficaz constitución se precisa la inscripción en un registro administrativo especial que funciona de manera enteramente análoga a la del Registro mercantil (Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto por el que se aprueba el estatuto que regula las SAT; Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 14 de septiembre de 1982). De hecho, el registro, dice el decreto regulador, “ajusta sus funciones al principio de publicidad material y formal, legalidad y legitimación” (Primero, cuatro). Las sociedades agrarias de transformación son civiles que “gozan de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar desde su inscripción en el registro” (artículo Primero, dos, del Decreto). Aunque en principio no se altera el régimen de responsabilidad de los socios propios de la civil (responsabilidad personal, ilimitada y mancomunada) cabe el pacto estatutario de limitación de responsabilidad de ciertos socios frente a terceros. El TS ha admitido para las SAT y sin empachos el carácter constitutivo de su inscripción en el registro público creado ad hoc (la STS 12.11.1992 (sala 1ª) da por supuesto que la sociedad agraria de constitución no inscrita es una sociedad civil sin personalidad jurídica) y cuya competencia es ahora del departamento correspondiente de la Administración autonómica en méritos de los sucesivos decretos de traspaso.

Así las cosas, el sensato propósito de sujetar las civiles al régimen de la publicidad registral ha quedado empañado por los graves desaciertos en que incurrió el legislador en la lamentable reforma del RRM del año 1998.

Todo empezó con una doctrina discutidísima de la DGRN sentada por primera vez en su famosa R. de 31 de marzo 1997 según la cual y, resumo mucho, la atribución de la personalidad jurídica debe vincularse a la publicidad registral por una reinterpretación de la tacha de los pactos reservados que se encuentra en el art. 1669 C.C.. A falta de un registro público para sociedades civiles, esa publicidad se alcanzaría por el mecanismo previsto en el artículo 1670 C.C. con la consiguiente adopción de forma mercantil (personalista) para su inscripción en el Registro mercantil. La sociedad externa no inscrita carece, según la DG, de personalidad jurídica y la situación de titularidad colectiva sobre su bienes es la de una comunidad ex art. 1669. II C.C.. A tal efecto, en la Resolución de 31 de marzo de 1997 se adujeron una serie de criterios hermenéuticos : argumento “sistemático”, “lógico” e “histórico” con que se defendió esa nueva orientación, en radical contraste con lo que hasta entonces entendía doctrina (exceptuado D. Federico de Castro; fuente inspiradora del redactor) y la jurisprudencia. En la Resolución de 11 de diciembre de 1997 se reproducen sintéticamente los argumentos empleados en la de 31 de marzo.

La novedosa opinión del centro directivo causó un verdadero escándalo científico, de suerte que puede decirse que fue criticada por la casi unanimidad de la doctrina. La cosa empeoró porque luego se intentó dar cobertura a la inusitada pretensión por la falsa puerta de la reforma hipotecaria de 1998, que introdujo en el RRM un nuevo art. 269 bis, anulado por STS (3ª) 25.2.2000 por infracción de la reserva de Ley y para regocijo de propios y extraños.

El escándalo de la publicidad registral de la sociedad civil ha tenido al menos el efecto benéfico de estimular el estudio de esta figura tan olvidada de los civilistas y hacer posible alcanzar algo parecido a una *communis opinio*. El problema, a mi juicio, es que, al calor de los encendidos razonamientos esgrimidos en la discusión se confundió el plano de la argumentación. Una cosa es que la reforma no pueda hacerse por el camino tramposo de una resolución del centro directivo o en méritos de un simple reglamento, cosa que todos compartimos (en la determinación del perímetro subjetivo de nuestra institución existe una evidente reserva de Ley formal ex art. 16.1 C.C.). Otra cosa muy distinta es que debamos considerar que la situación actual no deba cambiarse. Se ha llegado al exceso dogmático de insinuar que el sistema de atribución de personalidad jurídica por la inscripción de la civil en un registro público no se compadece con la propia Constitución en un curioso ejercicio de retorcido entendimiento de lo que se dispone en el artículo 22 de la misma (sobre el derecho de asociación) y con olvido de otros valores constitucionales como el de seguridad jurídica, deficientemente servido con la clandestinidad. Se omitieron argumentos habituales en este tipo de discusiones como los traídos del análisis económico (no es arduo defender la ineficiencia del sistema de la “publicidad de hecho” en relación con el de la publicidad registral en un entorno electrónico) o los del propio Derecho comparado. Por lo demás, quien defienda la inscripción constitutiva, aunque sea *lege ferenda*, se arriesga a ser acusado de tener delirios “hipotecarios” puesto que de inmediato se le caricaturiza como alguien que piensa que la realidad no existe al margen del registro; como si el reconocimiento de una personalidad básica o mínima –una suerte de “personalidad mitigada” invención de la doctrina– fuera el único

expediente dogmático para explicar los claudicantes efectos jurídicos que se producen anudados a los supuestos de la sociedad en formación o la sociedad irregular.

Es curioso comprobar cómo la doctrina que tanto criticó el desafortunado intento de sujetar las sociedades civiles a publicidad registral por el legislador que reformó, mal por insuficiente rango jerárquico, el RRM, no aprovechara la ocasión para llamar simultáneamente la atención sobre lo anacrónico que es el mecanismo de la publicidad de hecho y lo poco conforme que es su empleo con el valor de seguridad jurídica que se reconoce en la propia constitución (art. 9.3). La publicidad de hecho tenía algún sentido cuando el comerciante desplegaba su actividad en un ámbito operativo, incluso geográfico, muy restringido y en que bastaba la publicación de esa situación a través de los rótulos, edictos y circulares a que todavía se refiere nuestro venerable C.de C. en su artículo 3 (y 17 del C.de C. de 1829). Normativa entrañable que todavía recuerda al mecanismo de hacer pública mediante anuncios la *prae-positio institoria* según el Digesto (D.14.3). Pues bien, no puede ya argumentarse que sea excesivamente onerosa para socios o terceros la carga de inscribir o de consultar el registro. Mucho más cuando los sistemas de publicidad están profundamente transformados y normalizados con el empleo masivo de técnicas informáticas.

Por lo demás, los autores críticos de la reforma omitieron advertir que existe una poderosa tendencia en Derecho comparado contraria a la clandestinidad de las sociedades profesionales externas. De hecho, puede observarse una convergencia de soluciones: de una parte, la apertura de las formas societarias mercantiles, incluidas las capitalistas, para que, salvadas las especialidades propias, pueden aquéllas utilizarse para instrumentar el ejercicio “civil” y colectivo de profesiones colegiadas; de otra, la necesidad de arbitrar mecanismos de publicidad legal de las formas organizativas tradicionales.

En el Derecho del Common Law, la forma tradicional de articular el ejercicio colectivo de una profesión es el partnership. En el partnership, la responsabilidad personal y solidaria de los socios por las deudas contraídas en interés de todos se configura como una simple adaptación a la empresa común del régimen de responsabilidad del empresario individual y de las relaciones de representación o “agencia” (actuación a nombre y en interés de otro). De aquí que tal figura carezca de personalidad jurídica por lo general (no así, por ejemplo, en Derecho escocés) y no se inmatricule en registro público alguno –predomina el aspecto meramente contractual– aunque tenga algunos atributos de la personalidad (el empleo de razón social, por ejemplo). No obstante, la “public notice” mediante “registration” del partnership no es totalmente desconocida; antes al contrario, empieza a ser regla habitual. De una parte, porque existen partnerships similares a nuestras comanditarias simples (Limited Partnerships) en que mediante su inmatriculación en el mismo registro en que se inscriben las companies/corporations, se persigue dar a conocer de terceros la existencia de ciertos socios del partnership con responsabilidad limitada (según el modelo del Limited Partnership Act 1907 inglés, con “limited partners” junto a los demás socios con responsabilidad personal y solidaria). De otra parte, porque en los últimos tiempos, ha surgido un híbrido de partnership y sociedad mercantil (la figura del Limited Liability Partnership de la LLP Act 2000) que naturalmente se inmatricula en el registro de compañías. En realidad, en uno y en otro caso, LP y LLP no se publican

los estatutos (articles of association) sino el incorporation document que contiene las señas distintivas de la entidad y la identificación de los socios.

Curiosamente, en Derecho alemán y austríaco, con discutible acierto, se ha trasplantado la institución del Partnership (Partnerschaft) como figura idónea para articular el ejercicio colectivo de profesiones y como alternativa a la sociedad civil (o sociedad simple; GbR); contrato de colaboración este último que no se inscribe en ningún registro público ni está dotado del atributo de la personalidad jurídica. Como es sabido, en Derecho alemán, el ejercicio colectivo de una profesión, como no constituye una actividad mercantil ex & 105 I HGB, no puede realizarse bajo las formas típicas de las sociedades mercantiles personalistas, la colectiva o la comanditaria simple, previstas en el Código de Comercio. Esta nueva institución del Partnerschaft –en Derecho alemán regulada en la Ley de sociedades profesionales de 1994 (PartGG) y en Derecho austríaco en la Erwebsgesellschaftengesetz (EGG) de 1991– se destina a los profesionales que no deseen acogerse a las normas de la sociedad del Código Civil bajo el BGB, ni a las formas organizativas propias de las sociedades de capitales. Lo cierto, es que la nueva institución es objeto de inmatriculación constitutiva en un registro público porque se inscribe en el Registro especial de sociedades de profesionales (& 4 y 5). En cambio, si adoptare la forma de una sociedad mercantil capitalista –así bajo la forma de sociedad limitada de abogados regulada en la Ley de 31 de agosto de 1998 (BRAO 1998) –, la inmatriculación se produciría, como es natural, en el correspondiente Registro Mercantil.

Tampoco la publicidad de las sociedades civiles profesionales es desconocida en los Derechos que siguen el modelo codificador francés e ignoran el partnership. Como es sabido, el C.C. francés fue reformado por Ley 4 de enero de 1978 en que se ordena la inscribibilidad de todas las sociedades civiles en un registro público. Esta solución general del problema de la clandestinidad de todas las sociedades civiles en Derecho francés es técnicamente mejor que la adoptada, por ejemplo, recientemente, por el Derecho italiano en que para las società tra professionisti se ha previsto la apertura de una “sezione speciale” en el registro delle imprese pero con pura eficacia de publicidad noticia (pubblicità notizia) y no de oponibilidad (d.lgs. n. 96/2001, art. 16, comma 2).

Así pues, el modelo más cabal y mejor diseñado de la civil profesional, el que tiene para nosotros un mayor interés, es el suministrado por el Derecho francés. La inscripción de las civiles se practica en un remozado “Registro Mercantil y de Sociedades” (“registre du commerce et de sociétés”; Décret nº 78-704 du 3 juillet 1978 y Décret. nº 84-406, du 30 mai 1984). Todas las sociedades civiles francesas salieron ya desde hace tiempo de la clandestinidad. De hecho, la Ley NRE de 15 de mayo de 2001 incluso a dado fin a la permisividad existente hacia las sociedades “históricas” constituidas antes de 1978 que conservaban transitoriamente la personalidad sin estar inmatriculadas en ningún registro público. En definitiva, las sociétés civiles professionnelles aunque sujetas a una normativa particular se inscriben como todas las civiles (la regulación de la civil común contenida en el Código Civil es supletoria de la normativa contenida en la Ley de 29 noviembre de 1996). Si adoptasen la forma colectiva o comanditaria simple se convertirían en

sociedades mercantiles por la forma a pesar del objeto civil... y serían inscribibles bajo dichas formas.

Desde la perspectiva sistemática, la reforma probablemente merezca nuestra crítica toda vez que la nueva norma se aloja en el Código de Comercio, en un título que se refiere a un aspecto del estatuto del empresario como es la publicidad registral, cuando lo más correcto hubiera sido residenciar la norma en el propio Código Civil. Más aún, debería haberse aprovechado la ocasión para cambiar el *nomen* de la institución toda vez que no deja de ser incongruente que se inscriban sociedades civiles en el Registro Mercantil. Por fin, no existen razones de fondo que aconsejen limitar la publicidad registral en el Mercantil exclusivamente a las sociedades civiles profesionales. No sólo habría que rescatar de la clandestinidad las otras sociedades civiles no profesionales (las de artesanos, agricultores y ganaderos etc...) sino que habría que recuperar para el mismo sistema registral la publicidad registral de las civiles que se inmatriculan en otros registros públicos (como son las sociedades agrarias de transformación que se inscriben en registros especiales bajo competencia autonómica).

Debería, pues, haberse abordado la reforma al modo francés. La solución adoptada, técnicamente correcta en lo esencial, contribuye sólo marginalmente a solucionar el problema de la tradicional clandestinidad legal de las personas jurídicas que son las sociedades civiles, aunque está en la dirección técnicamente acertada de unificación del sistema de publicidad registral de personas y entidades. Dada la fragmentación registral existente en nuestro Derecho, hubiera sido mucho peor declarar la sociedades civiles inscribibles en otros registros.

Existe siempre la tentación de crear sistemas registrales particulares para cada forma de organización (cooperativas, asociaciones, fundaciones, sociedades agrarias de transformación...) y no sólo eso, sino diseñarlos desarticulados en tantos sistemas registrales específicos, bajo principios y reglas organizativas muy similares aunque no idénticos y muy defectuosamente coordinados entre sí. Tantos, como leyes materiales, común y autonómicas, regulan cada forma social; como si cada Ley material exigiera de su sistema registral propio, y de manera que cada autonomía establezca "su" registro de cooperativas, asociaciones, fundaciones de Derecho autonómico; registros que conviven con los registros estatales de cooperativas, asociaciones o fundaciones de Derecho común o estatal. Teniendo en cuenta que ni siquiera existe un único Registro Central de personas jurídicas que sea para las otras entidades no inscribibles en el mercantil lo que en éstas es el Mercantil Central, (a pesar de que algo así se anunció en la Ley de marcas), no podemos sino felicitarnos de la solución propuesta. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el legislador podría haberse sentido tentado de resolver la publicidad de las civiles al modo cómo se registran las SAT mediante su inmatriculación en los correspondientes registros autonómicos y habida cuenta que los estatutos de autonomía suelen asumir competencia exclusiva en materia relativa a los colegios profesionales radicados en su territorio. Con acierto, el legislador ha entendido que la cuestión de la publicidad registral atañe a la competencia exclusiva del Estado (arts. 149.1.6ª Constitución en materia de "legislación mercantil" y art. 149.1.8ª en materia de "ordenación de los registros"; disp, final primera).

2. Las dos especies de sociedad civil profesional inscribibles en el registro mercantil

La disposición adicional cuarta modifica el artículo 16 C.de C. para ampliar la base subjetiva del Registro Mercantil caracterizada, como es sabido, por el rigor del *numerus clausus*. Entre los sujetos de inscripción obligatoria en el Registro mercantil (enumerados en sendas listas: la del Código de Comercio y la del art. 81.1 RRM) se incluyen ahora las sociedades civiles profesionales constituidas con los requisitos establecidos en la legislación específica de sociedades profesionales. La expresa mención de este nuevo sujeto inmatriculable en una norma con rango formal de Ley salva a la reforma del reproche de ilegalidad, toda vez que según interpretación del TS la determinación del sujeto inscribible no puede hacerse en norma reglamentaria por infringir el principio de jerarquía normativa (STS (3ª) 24.2.2000).

En realidad, a la vista del principio de flexibilidad organizativa al que se refiere la Exposición de Motivos, las sociedades profesionales pueden constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes (art. 1.2). De cualquier manera que sea, conviene precisar que no podrá constituirse regularmente la sociedad profesional sin la voluntad expresa electora del tipo social toda vez que la indicación de la forma social seleccionada debe hacerse constar en la misma denominación escogida, circunstancia ésta esencial en los estatutos (arts. 6.5 en relación con lo dispuesto en el art. 8.2 a). Faltando esa determinación, no puede suponerse que se trata de una Sociedad Civil Profesional.

De suerte que la nueva previsión que comentamos contempla la inscribibilidad obligatoria de dos formas o especies de sociedades civiles profesionales:

- i. Las *sociedades civiles profesionales en sentido estricto* ("puras" civiles). Se trata de sociedades de objeto civil constituidas bajo "forma civil". En definitiva: son aquéllas de objeto civil que además se conforman a las normas contenidas en el título VIII, De la sociedad, del libro IV del C.C. en sus artículos 1665 a 1709.
- ii. Las *sociedades profesionales con forma mercantil (personalista)*. Se trata de sociedades calificadas de "mixtas". Son civiles en cuanto el objeto (art. 1678 C.C.) que, en aplicación de lo que se dispone en el artículo 1670 C.C., revisten algunas de las formas previstas en el Código de Comercio para las sociedades personalistas. A saber: las sociedades profesionales constituidas bajo las formas de sociedad profesional colectiva o comanditaria simple (art. 1670 C.C. en relación con lo que se establece en el art. 122 C.de C.).

Dicho lo anterior, cabe señalar que no existe una diferencia sustancial de orden práctico en el régimen jurídico respectivo, en los aspectos interno y externo, entre las dos especies antes indicadas de sociedades civiles profesionales. La inscribibilidad de la civil "pura" en el mercantil quita a esta forma social uno de los "atractivos" habituales que todavía se valoran en el tráfico (frente a las sociedades personalistas que adoptan formas mercantiles, las civiles puras funcionan en la clandestinidad registral). Quizás la única diferencia de cierto interés, muy relativo, hace referencia,

además de lo tocante a la contabilidad, al aspecto de la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales que no se deriven de los actos profesionales propiamente dichos. En una sociedad profesional bajo la forma colectiva o comanditaria, los socios colectivos responden ilimitada, personal, subsidiaria y solidariamente de las deudas sociales (art. 127 C.de C. y art. 11.1 in fine). En cambio, según común opinión de la doctrina, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en una sociedad civil “pura” es ilimitada, personal, subsidiaria...pero no solidaria sino mancomunada (art. 1698 y 1137 C.C.). Así las cosas, no es esperable que las civiles “puras” tengan excesivo éxito en la práctica toda vez que si se opta por una sociedad cerrada apenas es preferible la civil “pura” sobre la regular colectiva y el régimen de responsabilidad por actos profesionales es común en sendos casos como es común el régimen de publicidad (arts. 8 y 11.2).

3. Las sociedades civiles profesionales en sentido estricto

Las sociedades civiles profesionales en sentido estricto se rigen, ex art. 2.3, primeramente por lo dispuesto en la Ley de sociedades profesionales y sólo supletoriamente por las normas civiles; normas que no contemplan la publicidad registral de la sociedad civil en ningún registro público para las civiles sujetas a “Derecho común”.

Bástenos aquí mencionar las particularidades más salientes de las sociedades civiles profesionales en relación con las sociedades civiles de “Derecho común” (no-profesionales):

1. Sólo podrán tener por *objeto exclusivo* el ejercicio de la profesión o profesiones y deberán respetar los requisitos de composición asociativa previstos en la Ley (arts. 2-4).
2. Tendrán una *denominación social, objetiva o subjetiva*, cuya “no-identidad con el de otra entidad inscrita en el Mercantil” deberá acreditarse por medio de la oportuna certificación del Registro Mercantil Central (art. 6 en relación con la disp. ad. Cuarta; arts. 398 y ss. RRM). Como es notorio, en esta materia existe en Derecho común una verdadera laguna legal. Por otra parte, como hemos indicado anteriormente, no existe en el RRM, por razones obvias, una tipificación legal de la abreviatura correspondiente a la sociedad civil (art. 403.2 a contrario RRM). Aunque gocen de personalidad jurídica, las civiles “ordinarias”, no inscribibles en ningún registro público, no pueden obtener la protección de la inclusión de su eventual denominación en la sección correspondiente del Registro Mercantil Central (art. 396.1 RRM).
3. Están sujetas al *rigor formal de la escritura pública como vehículo de la inscripción constitutiva*, en contra de la regla general de libertad de forma y ausencia de inscripción (art. 7 y 8; arts. 1.667 y 1668 C.C.).
4. Deben precisarse en estatutos (el “contrato social”), el régimen de *participación de los socios en los beneficios y las pérdidas* porque a falta de pacto

los resultados se imputan a los socios en proporción a la participación de cada uno en el “capital social” (arts. 1689 C.C. y art. 10 Ley).

5. En el *orden organizativo interno*, la Ley contempla, incluso para las personalistas, un órgano asambleario o junta de socios que adopta acuerdos por mayoría en cuestiones tales como la aplicación de resultados, transmisión de la cuota de socios, exclusión de socios (cfr. arts. 10.2, 12, 14). Tal órgano es desconocido –aunque pactable– en la civil común. En las civiles profesionales existe, por lo demás, un régimen particular de modificación de la base subjetiva de la sociedad: separación/exclusión/transmisión de la condición de socio (arts. 12-16), que las separa de las civiles ordinarias y que las aproxima al régimen de las agrupaciones de interés económico, por ejemplo.
6. En el *orden externo*, coexiste la responsabilidad personal, subsidiaria e ilimitada pero subsidiaria de los socios por las deudas sociales según el régimen común (el art. 11.1 in fine se remite a lo dispuesto en el C.C.:

La inscribibilidad de las sociedades civiles “puras” –que no adoptan la forma colectiva o comandataria y que no son mercantiles por la forma capitalista adoptada– constituye una novedad (relativa) en nuestro sistema, que ahora se prevé para las sociedades agrarias de transformación con arreglo a su legislación especial que establece un registro administrativo particular. La disposición adicional a este efecto se limita a lo obvio, a salvar el obstáculo de la reserva legal –la inscribibilidad en el mercantil requiere expresa previsión en Ley formal–, pero nada más, lo que ciertamente plantea problemas de aplicación práctica del régimen registral que serán examinadas más abajo con detalle.

4. Las sociedades profesionales que adoptan la forma colectiva o comandataria simple (sociedades civiles “mixtas”)

En relación con las *sociedades profesionales que adoptan una forma mercantil personalista*, el sistema de fuentes es extravagantemente complicado: se rigen primero, por lo dispuesto en la ley de sociedades profesionales; luego, por las disposiciones del Código de Comercio (y del RRM) en cuanto no se opongan a las del C.C. (arts. 1670 C.C. y 2.3)

La inscribibilidad en el Registro Mercantil de las sociedades “mixtas” con objeto civil pero bajo forma social colectiva o comandataria ha sido tradicional, aceptada en la práctica sin problemas en nuestras oficinas registrales, por más que haya merecido el reproche de algún sector purista de la doctrina mercantil. Al menos en cuanto a las profesionales, no cabe plantearse en adelante la duda tradicional sobre su inscribibilidad.

La idea de la inscripción de las sociedades civiles bajo forma mercantil apuntaba ya antes de la promulgación del Código Civil en el artículo 21.5 del C.de C. en su

primitiva redacción. En tal precepto se ordenaba la “anotación” en la correspondiente hoja de inscripción de las “escrituras de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto”. Luego se ratificará expresamente esa solución en el artículo 107.2 del RRM de 20 de septiembre de 1919 con mucha más claridad: en el libro de sociedades se inscribirán –se decía– las “sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el artículo 1670 del Código Civil”. En la misma línea, también declaró su inscribibilidad el artículo 84.1 del RRM de 14 de diciembre de 1956 que, sin invocar el art. 1670 del C.C., decía con no menos claridad que se inscribirán “las sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio”. Con la reforma de 19 de julio de 1996 el RRM sólo reproduce, en su artículo 81.1 b), el mandato del Código de Comercio de que se inscriban las sociedades mercantiles.

Así las cosas, y dejando fuera el frustrado intento de solventar la cuestión en el lamentable episodio del anulado art. 269 bis RRM en la redacción dada por RD 1867/1998, de 4 de septiembre, al que nos referimos en los antecedentes, un cierto sector doctrinal sostuvo que las sociedades civiles constituidas al amparo de lo que se establece en el artículo 1670 C.C. no dejan de ser civiles por el objeto; que la forma adoptada no convierte en “comerciantes o empresarios” a las dichas personas jurídicas, y que por lo tanto no les resultaba aplicables las normas propias del estatuto como eran las registrales o las propias normas sobre el deber de contabilidad. Para eso hay que forzar la interpretación del propio artículo 1670 C.C. cuya más que probable interpretación histórica llevaría a entender que quedaba contemplada la publicidad registral dentro de lo que para sus redactores era “revestir las formas reconocidas en el Código de Comercio” (la inscripción en la terminología del Código es una suerte de “formalidad” para la constitución regular de las sociedades: para percatarse de ello basta leer el artículo 119 C. de C. a la luz de lo dispuesto en el artículo 122). Eso sin mencionar que en el propio precepto civil se reclamaba la aplicación “supletoria” de las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opusieran a las del presente Código.

En la práctica, nunca se ha negado la inscribibilidad en el Mercantil a las sociedades profesionales de abogados, auditores etc. El propio legislador debió de considerar la solución tan natural, que las propias agrupaciones de interés económico que pueden tener objeto civil según su Ley reguladora (por ejemplo: actividad auxiliar de socios con actividad civil) y a las que se aplican supletoriamente las disposiciones de la regular colectiva se inmatriculan, por supuesto, en el Registro Mercantil (arts. 1, 3 y 7 de la Ley 12/1991, de 29 de abril). La propia DGRN en R. de 14.2.2001, implícitamente admitió su inscribibilidad.

5. La no sujeción de las sociedades civiles profesionales al estatuto legal del “comerciante”

De cualquier manera que sea, aquí bástenos indicar que la inmatriculación en el Registro Mercantil de la sociedad civil profesional en cualquiera de sus especies examinadas anteriormente –civil pura y civil bajo forma mercantil personalis-

ta— no convierte en empresario mercantil a quien no lo es. Si se quiere ver así, no se trata de sociedades “subjetivamente mercantiles”: mediante la inscripción, no se produce el efecto taumatúrgico del cambio de condición subjetiva de la entidad.

En nuestro Derecho, la mercantilidad subjetiva por la forma adoptada y con independencia del objeto, es criterio excepcional, propio de las sociedades capitalistas (además de las de garantía recíproca ex art. 4 Ley 1/1994 y de las agrupaciones de interés económico ex art. 1.1 LAIE). Las sociedades profesionales que adoptan la forma de anónima, limitada o comanditaria por acciones son comerciantes en razón de la forma —en nuestro caso, la forma de “sociedad profesional”—... aunque su objeto sea, evidentemente, civil (arts. 3 LSA y 3 LSRL); en cambio, las sociedades profesionales colectivas o comanditarias simples no son comerciantes precisamente en atención al objeto. A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Derecho francés en que la mercantilidad de la persona moral viene dada por la forma social adoptada, tanto entre capitalistas como entre personalistas, cualquiera que sea el objeto. Una société en nom collectif o en comandite simple son comerciantes en Derecho francés, y deben formular cuentas, aunque persigan un objeto civil como es el desempeño de una profesión (cfr. C.de C., L. art. 210-1).

Entre nosotros, la sociedad civil profesional en sus dos especies descritas no es comerciante en el sentido que se da a esta expresión en el art. 1.2º C.de C. con lo que no parece que la por inmatriculación haya de quedar la sociedad sujeta al estatuto de comerciante/empresario. Es relativamente pacífica la opinión según la cual el Código Civil ha establecido un criterio material u objetivo de delimitación de la mercantilidad de las sociedades (vid. SSTs de 15.10.1940; 14.2.1945; 6.3.1954; 29.11.1958; 6.4.1961; 26.1.1967; 22.12.1976; 21.4.1983, etc.). Con todo, conviene precisar:

- a. La distinción civil/mercantil es ahora *básicamente irrelevante en el orden concursal*. A diferencia de lo que ocurría con anterioridad con dos sistemas concursales en paralelo (para deudores comerciantes y para no comerciantes), dada la universalización del presupuesto subjetivo del concurso bajo la Ley 22/2003, de 9 de julio, todas las sociedades profesionales, civiles incluidas, pueden ser declaradas en concurso. Tratándose de sociedades civiles profesionales concursadas sólo existen las particularidades procedimentales que derivan de su condición. Por ejemplo, las derivadas de no estar legalmente obligadas a la llevanza de la contabilidad, a auditar sus cuentas o a depositarlas en el Registro Mercantil (arts. 6.3, 18.2, 45 y 46, 75.2, 105.1.2º, 165.3º). Por otra parte, en su condición de “sujeto inscribible en el Registro Mercantil” hemos de entender que la publicidad registral del concurso de la sociedad civil profesional, aún no inscrita, se practica en el Registro Mercantil (art.24.2 LC).
- b. La diferenciación sigue siendo trascendente en el *orden contable*. Las sociedades civiles profesionales no están sujetas al deber público contable que es el propio del estatuto de comerciante... aunque adoptaren ex art. 1.670 C.C. una forma mercantil personalista (arts. 25-49 C.Com).

Las sociedades profesionales personalistas no deben formular cuentas anuales individuales o consolidadas con arreglo al Código de Comercio y disposiciones concordantes, a auditarlas o a depositarlas en el Registro Mercantil. Tesis muy distinta a la seguida en Derecho francés que ordena a las sociedades mercantiles por la forma, aun con objeto civil, formular cuentas (cfr. C. de C. arts. L. 210-1 y L. 132-12). Esta dispensa legal es bastantes discutible por razones técnicas toda vez que en las sociedades civiles profesionales habrá que rendir cuentas anuales y muy singularmente distribuir beneficios “en cada ejercicio” (art. 10). Por otra parte, es bien sabido que existe normativa contable sectorial para fundaciones y asociaciones. Hay en esta materia un verdadero vacío normativo difícil de justificar. En particular, cuando exista un grupo de sociedades profesionales (una sociedad profesional dominante socia de otra profesional) y dado que los arts. 42 y ss. C.de Com. habla de « sociedades ». En todo caso, téngase presente lo dispuesto en el art. 41.2 C.de C. en relación con las sociedades colectivas y comanditarias cuando a la fecha del cierre de ejercicio todos los socios colectivos sea sociedades. La gran reforma contable que está en marcha no viene a poner remedio al vacío contable de las sociedades civiles toda vez que la reforma se aplicará al modo tradicional, en relación con el deber contable de los empresarios (consiste en un remozo del C.de C.).

- c. También en el *orden jurisdiccional* la distinción es relevante, toda vez que los juzgados de lo mercantil conocen de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, promovidas “al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas” (art. 86 ter, 2 a) LOPJ). Desde luego son incompetentes dichos juzgados para entender de las cuestiones promovidas en relación con las sociedades civiles profesionales “puras”. No obstante, las “mixtas” del art. 1670 C.C., que adoptan forma mercantil, provocarán disputas que cabe entender “promovidas al amparo de la legislación mercantil”: lo razonable es someterlas a la jurisdicción especializada de lo mercantil. En contra, una vez más, del criterio seguido en Derecho francés que sujeta a la competencia de los tribunales civiles (no a la de los tribunales de comercio) el conocimiento de las acciones referidas a las sociétés d’exercice libéral... aunque adopten una forma mercantil (COJ, art. L.411-6, al. 1; Cass. Com., 6 mai 1997).
- d. En el *orden fiscal*, las sociedades civiles profesionales, aunque se inscriban en el Registro Mercantil, no son sujeto pasivo del impuesto de sociedades (art. 7.1 a) a contrario Ley 43/1995, de 27 de diciembre). Tampoco son contribuyentes en el impuesto sobre la renta de las personas físicas: las rentas correspondientes a las sociedades civiles profesionales se atribuyen a los socios que tributan en régimen de atribución de rentas (art. 8.3 Ley 35/2006, de 28 de noviembre).

6. La publicidad registral de las sociedades civiles profesionales: requisitos y efectos; contenido de la hoja registral; organización de la publicidad y procedimiento registral

La frustrada reforma del RRM por virtud del RD de 4 de septiembre de 1998 en que se declararon inscribibles en el Registro Mercantil las sociedades civiles que no tuvieran forma mercantil, cuidó de precisar tanto las reglas de orden registral aplicables, como de determinar con algún detalle el contenido de la hoja registral (los hechos inscribibles):

- i. La inscripción había de practicarse *“con arreglo a las normas generales de este Reglamento en cuanto le sean aplicables”* (art. 269 bis 2, primer inciso).
- ii. En la hoja abierta a la sociedad serán inscribibles *“el nombramiento, cese y renuncia de los administradores, los poderes generales, su modificación o revocación, la admisión de nuevos socios, así como la separación o exclusión de los existentes, la transmisión de participaciones entre socios y las resoluciones judiciales o administrativas que afecten al régimen de administración de la sociedad”* (art. 269 bis 2, último párrafo).

La Ley, no obstante, omite una tan oportuna remisión a la normativa registral aplicable. Lo que desde luego no es cuestión trivial. Lo de menos es que no queda determinado expresamente cuál ha de ser el procedimiento registral o la técnica de llevanza de los libros y cómo son los asientos que deban practicarse para reflejar la sociedad civil en el Registro Mercantil. Más importante aún es que puedan suscitarse dudas sobre la eficacia de la inscripción o sobre las condiciones de oponibilidad a terceros de lo inscribible –inscrito o no inscrito– esté o no publicado, de ser este requisito necesario o posible (¿se aplican a las sociedades las condiciones de oponibilidad previstas en la I Directiva y en el art. 21 C. de C. que presuponen la publicación de un extracto del acto sujeto a inscripción en el Boletín Oficial?).

Aunque hubiera sido deseable que el legislador aclarara estos extremos, la única solución razonable al problema apuntado es la adoptada en la reforma del RRM. La inscripción de la civil en el Registro Mercantil deberá ajustarse a las *previsiones de orden registral sustantivas, organizativas y procedimentales “comunes”*; las contempladas con carácter general para todas las entidades inscribibles en el C. de C. y en el RRM. En lo que no resulte contrario a su regulación, se entiende.

Más problemas aparentemente presenta la determinación del *contenido de la hoja registral* –los hechos inscribibles en la hoja abierta a la sociedad civil profesional inscrita– habida cuenta que rige aquí el *numerus clausus* de hechos registrales inscribibles y que, desde luego, lo que se prevé en el art. 8.3 no permite una completa reconstrucción del contenido “habitual” de la hoja registral en el Mercantil según lo que precisa el art. 94 RRM.

La ley se limita a indicar que se inscribirá en el Registro Mercantil “cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social” (art. 8.3) Nada dice la Ley expresamente de la inscribibilidad en el Mercantil y a propósito de las sociedades civiles profesionales del nombramiento y cese de “cargos” distintos del de administrador, como son la inscripción de los liquidadores y auditores, tanto titulares como suplentes; de los poderes y delegaciones de facultades y su revocación; la apertura y cierre de sucursales; la de todas las modificaciones estructurales (fusiones, escisiones, transformaciones); la de resoluciones judiciales etc... aunque sea perfectamente esperable la inscripción de tales actos y contratos. Con todo, la solución más razonable es entender que lo que se dispone en dicho artículo 94.1 del RRM y que es aplicable a la “inscripción de las sociedades en general” como dice la rúbrica del capítulo correspondiente en relación con el “contenido de la hoja” vale también para las sociedades civiles inscritas. Ello será así bien porque se entienda que dicha conclusión se deriva directamente del nuevo artículo 16.1 C.de C. (que se limita ciertamente a decir que son inscribibles) o bien porque se defienda una aplicación analógica del precepto reglamentario a las sociedades civiles. También resultarán aplicables a las sociedades civiles otros preceptos reglamentarios referidos a hechos inscribibles de las entidades inscritas. Así, por ejemplo, podemos concluir que las sociedades civiles profesionales inscritas que voluntariamente depositen cuentas podrán hacerlo en aplicación de lo que se establece en el art. 365.3 RRM y que las civiles declaradas en concurso publicarán en el Registro Mercantil las resoluciones judiciales a que se refiere el art. 320 RRM.

La solución propuesta (aplicación *in totum* del régimen registral común de las sociedades mercantiles a las sociedades civiles profesionales) se sostiene por varios motivos y no sólo prácticos; empezando por razones de índole sistemática. Adviértase que la reforma no se hace “a la francesa”, insertando la oportuna previsión en el Código Civil, sino mediante la adición de un nuevo ordinal al artículo dedicado en el Código de Comercio a precisar el perímetro subjetivo de la función registral (sujetos inmatriculables: apartados 1º a 7º de art. 16.1 C.de C). Ni siquiera se cambia la denominación de la institución o se contempla a efectos organizativos la creación de una sección especial dentro del archivo provincial. Es cierto que todo lo relativo a la anacrónica regulación de la publicidad en el Boletín Oficial y el particular régimen de oponibilidad de lo inscribible inscrito y publicado se trae de la I Directiva cuyo ámbito de aplicación viene exclusivamente referido a las sociedades de capital (anónima, limitada, comanditaria por acciones). No es menos cierto que desde que se traspuso en Derecho español la I Directiva, en la reforma de 1989, el legislador siempre ha optado por universalizar el mismo régimen jurídico-registral para todo tipo de entidades inscribibles cualquiera que sea la forma de organización. Esto ha merecido el aplauso de toda la doctrina: carece de justificación una dualidad de sistemas registrales según el tipo de sujeto inmatriculado. Por lo demás, el propio legislador, a lo largo de todo el articulado, da por supuesto que la inscripción de todas las sociedades profesionales sigue las mismas reglas sin distinción de la forma adoptada.

Así pues, como también ocurriera ocurriera bajo el régimen derogado, resulta de aplicación a la inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil todo lo dispuesto en el título I del RRM a propósito de los principios organizativos y regis-

trales (capítulo I); lo referente al procedimiento registral (capítulos II a IV) y, por fin, lo relativo a la publicidad formal (el capítulo V).

La inscribibilidad de las sociedades civiles profesionales en el Mercantil significa sujeta este tipo de entidades al régimen completo y común de la publicidad registral en sus dos aspectos: la publicidad "material" y la publicidad formal. Algo similar se dice a propósito de las sociedades agrarias de transformación en su normativa reguladora: el registro, dice el decreto regulador, "*ajusta sus funciones al principio de publicidad material y formal, legalidad y legitimación*" (Primero, cuatro)

La inserción de la sociedad civil en el perímetro subjetivo de la institución entrañará que resulten aquí aplicables los principios de legitimación, fe pública y oponibilidad en iguales condiciones que lo que acontece con las demás sociedades (arts. 20 y 21 C.de C. y 7 a 9 RRM). De esta manera, por ejemplo, sólo mediante la inscripción podrán la sociedad y los socios oponer a terceros de buena fe los hechos inscribibles. En el bien entendido que en cuanto a la inmatriculación, la inscripción es siempre constitutiva (art. 8.1). Y en el bien entendido también, que es imprescindible la publicación del extracto del acto inscribible en el Boletín como requisito –anacrónico– de plena oponibilidad a terceros del acto inscrito.

Por todo lo anterior, cuando la sociedad profesional adopta una forma civil hay que "reconstruir" el sentido de lo que dice el art. 1.699 C.C. a propósito de los pactos que se mantienen secretos entre los socios, entendiéndose ahora por tales los inscribibles no inscritos en su condición de inoponibles a terceros de buena fe. Algunos ejemplos: la renuncia del cargo de administrador, la revocación de un poder, las limitaciones impuestas a las facultades de los representantes que no tengan la condición de factor notorio, la exoneración de responsabilidad por la salida de un socio de la sociedad, el pacto de sumisión a arbitraje etc... no son oponibles a terceros ni a socios futuros de buena fe en el caso de no figurar inscritos. El tercero, sin embargo, podrá invocar esos actos en lo que le interese.

En lo relativo a la *eficacia constitutiva* de la inmatriculación de la civil en el Registro Mercantil, que proclama terminantemente la propia Exposición de Motivos, vale aquí y en relación con la sociedad civil profesional lo que se dice en el comentario al artículo 8.1. Por lo demás, la regla del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil subordinado a su inscripción en un registro público es una novedad relativa en nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente la normativa especial de las sociedades agrarias de transformación ya estableció en su día un registro administrativo especial con efectos también constitutivos al decir de la jurisprudencia: la STS 12.11.1992 (sala 1ª) da por supuesto que la sociedad agraria de constitución no inscrita es una sociedad civil sin personalidad jurídica. Antes de la inscripción en el Mercantil, las sociedades civiles profesionales (externas) son sociedades en formación o irregulares, cuyo régimen es el que también se estudia en el comentario al art.8.1 al que me remito.

En cuanto a las *circunstancias que han de hacerse constar en la primera inscripción de inmatriculación*, aunque falta un correspondiente precepto en el RRM, como sí existe para las demás formas sociales que todas cuentan con una regulación registral mínima, no parece que haya demasiados problemas habida cuenta que resultan

aplicables a las sociedades civiles profesionales los desordenados preceptos que se contienen en los arts. 7.2 (escritura de constitución) y 8.2 ("menciones" de la primera inscripción). Para reconstruir el contenido de la primera inscripción me remito otra vez más a lo examinado en el comentario al art. 8.2.

Como la inmatriculación queda sujeta a las reglas registrales ordinarias en orden a los *requisitos de la inscripción* rige aquí también, en relación con la sociedad civil profesional, el *principio de titulación pública*. La sociedad civil debe inmatricularse en virtud de escritura pública (arts. 7 y 8). Queda a salvo, como es lógico, el caso de la inmatriculación forzosa de la concursada irregular en virtud de mandamiento judicial ex art. 322.3 RRM. Los demás hechos inscribibles, para ser inscritos, deberán constar en documento público o privado con firma legitimada según los casos (art. 18.1 C.de C.; 5 RRM).

La inscripción deberá ajustarse al *procedimiento registral* en todos sus extremos y principios reguladores:

- a. Precederá siempre a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil su control preventivo de legalidad tanto del fondo como de la forma a través de la *calificación* del documento inscribible por el Registrador competente conforme y con la extensión prevista en la Ley y en el Reglamento (arts. 18.2 C. de C. y 6 RRM). De hecho, de la trascendencia del control de legalidad en que consiste la calificación registral habla elocuentemente el propio legislador en la Exposición de Motivos. No cabe dudas que la conveniencia de la existencia de este control de fondo es uno de los motivos que ha llevado al legislador a sujetar también las civiles al orden registral dado que los colegios profesionales no cumplen con análoga función (no califican estatutos, ni controlan con la misma extensión la adecuación a la legalidad de las sociedades constituidas).
- b. Ni que decir tiene que resultarán aplicables los principios de procedimiento registral intitulados "proridad" y "tracto sucesivo" (arts. 10 y 11 RRM). Además, no podrá practicarse la inscripción en el Registro Mercantil sin que se acredite mediante certificación negativa expedida por el Registrador Mercantil Central la existencia de una sociedad con denominación idéntica a la de otra entidad preexistente. Son aquí aplicables a la sociedad civil particular los arts. 395 y ss. RRM. Adviértase, no obstante, que no se codifica en el RRM las abreviaturas correspondientes a la sociedad civil (cfr. art. 403 a contrario RRM). Es costumbre utilizar las siglas S.C.. En nuestro caso, deberá añadirse la letra "p" ex art. 6.5 para dar S.C.P. Con la ley, S.C.P. debería significar "Sociedad Civil Profesional" y no "Sociedad Civil Particular": Entiendo que las civiles "particulares" de Derecho común, no podrán utilizar las siglas S.C.P.
- c. Las inscripciones y anotaciones se practicarán en los libros comunes en los que se extenderán los correspondientes asientos (capítulos II y III del tit I RRM). No está prevista la llevanza de un archivo separado o la apertura de una sección especial (como ocurre, por ejemplo, con la desgraciada Sociedad Nueva Empresa).

- d. Caben contra la calificación negativa los recursos ordinarios, gubernativo y judicial, conforme al régimen común hipotecario (art. 18 C.de C. y tit. XIV Ley Hipotecaria, arts. 322 a 329 redactados por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, cuya disp. ad. 24ª, hace extensivo el régimen del Registro de la Propiedad a los títulos presentados en el Registro Mercantil).
- e. Una vez practicada la inscripción, el Registrador comunicará los datos esenciales de los asientos al Registro central en cuyo boletín serán objeto de publicación (art. 18.3 C.de C. y tit. IV RRM). No deja de ser llamativo que las sociedades civiles se publiquen en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil".
- f. Corresponde al Registrador Mercantil asegurar el régimen de publicidad formal completo, incluyendo evidentemente aquí la telemática: la publicidad formal mercantil ordinaria (arts. 23 C. de C.; 12 y 77 y ss. RRM. También hará posible la publicidad formal colegial a que se refiere la Ley a cuyo efecto comunicará de oficio al Registro de Sociedades profesionales la práctica de las inscripciones (arts. 8.4 y 8.5).

NEGOCIACIÓN CON ACCIONES PROPIAS DE SOCIEDADES COTIZADAS

MANUEL ARDANZA FRESNO
Profesor de Derecho de Finanzas
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción, régimen general de Autocartera	189
2. Régimen específico de autocartera para sociedades cotizadas	191
3. Riesgos (MARKET ABUSE)	195
4. Carta Circular 12 / 1998	198
5. Safe harbours y prácticas aceptadas del mercado.....	199

1. Introducción, régimen general de Autocartera

En el régimen general de la normativa sobre sociedades anónimas, la negociación de autocartera está permitida, esto es la compra y la venta de las propias acciones de la sociedad es un negocio jurídico legal; pero esa negociación está sujeta a una serie de límites, y requisitos que le convierten en una negociación especial sujeta a controles establecidos por la propia Junta General de Accionistas.

Aunque en una sociedad no cotizada, los supuestos de manipulación del precio de mercado es inexistente, si en cambio se puede incurrir en una discriminación de tratamiento a los accionistas, bien en el precio ó en el aprovechamiento de información relevante que no es participada por el universo del accionariado.

Estos dos elementos básicos del abuso de mercado (información privilegiada, y manipulación del precio), también se pueden dar en una sociedad no cotizada, aunque como hemos matizado anteriormente y resulta obvio, esa manipulación de precio nunca será *de mercado* por tratarse de empresas que no son objeto de negociación bursátil.

Si observamos la regulación sobre acciones propias de la Ley de Sociedades Anónimas (Sección IV del Capítulo IV), e incluso fuera de esa sección de la Ley de Sociedades Anónimas (Sección IV del Capítulo IV), vemos que en el legislador anidan esos recelos o reservas a la hora de establecer los requisitos y límites en la negociación de acciones propias, haciendo especial hincapié en la transparencia de esas operaciones. Además de ello, el legislador establece límites y requisitos derivados de posibles riesgos de solvencia de las propias empresas, evitando que la negociación de acciones propias pueda ser una vía de *descapitalización* de la empresa.

El carácter prudencial que se establece en la negociación con acciones propias, radica en los elementos básicos que de forma general se preceptúan para todos los supuestos que puedan ocasionar tratos discriminatorios y asimétricos. Esto es, se estructura un armazón procedimental riguroso, con requisitos de obligado cumplimiento y límites en la ejecución de esas operaciones con acciones propias, con el añadido de una transparencia total y absoluta conseguida a través del informe de gestión de la propia sociedad anónima y de la información sobre operaciones de autocartera que se deposita en el Registro Mercantil.

En efecto, el sistema general de la LSA, prevé que el órgano social autorizado para acordar la adquisición de acciones propias es con carácter exclusivo la Junta General de Accionistas, que determina dentro de unos límites el precio de la adquisición de las acciones, y en determinados casos el fin u objetivo de esas compras. Estas acciones en autocartera están sujetas a un régimen específico siendo su principal elemento diferenciador el carecer de derechos políticos y económicos salvo la asignación gratuita de nuevas acciones.

Dentro de los límites de actuación es el de que la autocartera no puede ser superior al 10 % del Capital Social de la sociedad, teniendo que enajenar o amortizar el excedente, en el caso de venta no existe ningún baremo ó límite sobre el precio.

Cómo hemos indicado, la normativa deriva de la protección de dos intereses: El de no mermar la solvencia de la sociedad vía autocartera (Límite del 10% del Capital Social de la sociedad, y establecimiento de una reserva especial indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computada en el activo, y el de evitar el trato discriminatorio entre los accionistas, (la Junta General de Accionistas toma el acuerdo, con una horquilla limitadora del precio, número máximo de acciones a adquirir, y el plazo que no puede ser superior a dieciocho meses, con el añadido ya indicado de transparencia e información de esas operaciones), esta cautela de enervar cualquier intento de discriminación a los accionistas vía autocartera, tiene su máxima expresión en el artículo 170 de la LSA, que regula la reducción de capital social mediante la compra de acciones propias para su amortización.

Se tiene que realizar la oferta a través del BORME y de un periódico en la que deberán constar “todas las menciones que sean razonablemente necesarias para la información de los accionistas”; esto es, todos los titulares de acciones deben tener la misma información, y la misma posibilidad de vender o no sus acciones, impidiendo que sólo un número determinado goce de una mayor información y evitando que la posibilidad de liquidar la participación recaiga en un grupo privilegiado.

De esta sucinta exposición de la normativa general societaria, cabe deducir que la negociación sobre acciones propias está sujeta a requisitos y procedimientos especiales, en aras a obtener un grado aceptable de transparencia e información, de limitar su negociación para no poner en riesgo la solvencia de la propia empresa societaria estableciendo además una reserva específica en el Balance; y para determinados supuestos “universaliza” la posibilidad de vender a la propia sociedad a todos los accionistas.

Pero de toda esta *atención* que presta el legislador para la negociación con acciones propias, también se deduce que cumplidos todos los requisitos y procedimientos especiales, esa mencionada negociación de autocartera es una medida legítima y legal, que en casos determinados sirve para resolver situaciones societarias, ya sean conflictivas con algunos accionistas, de facilitar *la salida* o venta, de conseguir una remuneración a través de compra de acciones propias para su amortización, ó de servir como instrumento de fidelización y de incentivo para administradores y empleados.

Y en el caso de sociedades cotizadas, la negociación con acciones propias ó autocartera, puede ser para determinados valores un elemento útil para conseguir el precio *bien* de un valor que cotiza en Bolsa, esto es la liquidez.

No existe una definición ni incluso una descripción exacta de lo que es la liquidez, Fisher Black la indica como la capacidad de los activos financieros de recibir órdenes de compra ó de venta de volumen significativo sin sufrir importantes variaciones en el precio de las negociaciones. El profesor Kyle introdujo un sistema comparativo de liquidez, (la *lambda* ó indicador del grado de liquidez de un valor con respecto a otros valores cotizados). Y siguen vigentes los baremos tradicionales bursátiles, como volumen negociado, frecuencia de contratación, número de operaciones realizadas, profundidad del mercado, margen del spread ó horquilla entre precio de venta y de compra, cuánto más estrecho sea más líquido será ese valor.

Con independencia de la definición ó descripción que se le asigne a la liquidez, ésta es el mayor atractivo que tiene un valor que cotiza en Bolsa, el mercado de valores es un lugar idóneo para que el ahorro se vehicule hacia la inversión, pero el inversor acude por la posibilidad de desinvertir cuándo lo estime conveniente. Es obvio que la liquidez no la crea el sistema bursátil, es un elemento inherente a la propia sociedad cotizada, que dependerá en gran medida de su capitalización, nivel de free float ó circulante de acciones en manos de inversores no pertenecientes algún grupo de control, y además para que exista liquidez es necesario que el sistema ofrezca confianza, esto es transparencia, simetría en la información, y protección del inversor.

Como hemos indicado el mercado no genera la liquidez del valor, pero sí coadyuva a su desarrollo (desde la implementación de elementos técnicos que posibilitan una contratación masiva, hasta el establecimiento de normas de contratación tendentes a cumplir referido objetivo). En el caso, de sociedades de escasa capitalización esta contribución del mercado ó del sistema de negociación a la implementación de la liquidez es esencial, para que esta clase de empresas pueda acudir a un modo de financiación alternativo a los tradicionales, todo ello dentro de un marco de seguridad jurídica que dé confianza a los agentes interviniente, y cumpliendo con exquisito esmero todas las obligaciones necesarias en orden a evitar el Abuso del Mercado.

Antes de analizar los distintos precedentes ya realizados en orden a facilitar la negociación con acciones propias, vamos a contemplar la regulación específica sobre autocartera para valores admitidos a negociación en un mercado oficial, sus riesgos y el contenido del borrador de la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre Prácticas Aceptadas del Mercado.

2. Régimen específico de autocartera para sociedades cotizadas

La autocartera en sociedades cotizadas está sujeta al régimen general previsto en la Ley de Sociedades Anónimas, pero con una normativa especial que implica una mayor rigurosidad en los requisitos, procedimientos, información y difusión de éstas,

con el añadido de que al ser operaciones de compraventa que se van a ejecutar en un mercado, también son objeto de la normativa existente sobre Market Abuse, de forma gráfica y en síntesis podemos señalar esos mayores requerimientos, con el siguiente cuadro comparativo:

RÉGIMEN GENERAL	RÉGIMEN GENERAL PARA SOCIEDADES COTIZADAS
Límite de adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante (nº 2 del Art. 75 Ley de Sociedades Anónimas). 10% del capital social.	Límite la adquisición de recursos propios o de la sociedad dominante. Disposición Adicional. 1ª nº 2 de la Ley de Sociedades Anónimas – 5% del Capital Social.
Reducción de Capital Social mediante la compra de acciones propias para su amortización (Art. 170 Ley de Sociedades Anónimas).	Además de cumplimentar el artículo 170 Ley de Sociedades Anónimas, obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición (Artículo 9 R.D. 1197/1991 de 26 de Julio). Art. 12 del proyecto de R.D. de OPAS).
Adquisición de acciones propias, cumplir los requisitos del Artículo 75 Ley de Sociedades Anónimas)	Se aplica el Artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas y las normas de conducta de la Ley de Mercado de Valores, posible supuesto de Market Abuse, excepto Régimen de SAFE HARBOURS.
Enajenación de autocartera sin restricción alguna.	Normas de conducta de la Ley del Mercado de Valores, posible supuesto de Market Abuse.
Información y difusión sobre acciones propias, contenida en el informe de gestión de la Sociedad, norma 4ª del Artículo 79; Acompañar junto al depósito de cuentas, un documento que informe, con la debida individualización sobre los negocios con acciones propias (Art. 97 Ley del Mercado de Valores).	Informe de gestión, registro de participaciones significativas a partir del 1% del Capital Social, e Informe del Gobierno Corporativo; Acompañar junto al depósito de cuentas, un documento que informe, con la debida individualización sobre los negocios con acciones propias (Art. 97 Ley del Mercado de Valores). Difusión de información en Internet.
No es objeto de la autocartera dar liquidez a los valores	Posibilidad de que el objetivo fundamental de la negociación de acciones propias sea el de dar liquidez al valor.
Sanciones, las establecidas en el Art. 89 Ley de Sociedades Anónimas.	Art. 89 de la Ley de Sociedades Anónimas y las contenidas en el capítulo II de la Ley del Mercado de Valores sobre infracciones y sanciones.

Este nivel de exigencia informativa sobre la negociación de acciones propias por parte de las sociedades admitidas a negociación en un Mercado de Valores oficial o regulado, se ha incrementado con ocasión de la transposición de la Directiva 2004/109/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de Diciembre de 2004.

En efecto, la Ley 6/2007, de 12 de Abril, reforma la Ley 24/1998 del Mercado de Valores, introduce una nueva regulación para las Ofertas Públicas de Adquisición, y de requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, en su Artículo 6 introduce un nuevo Artículo 53. bis en la Ley del Mercado de Valores, con el consiguiente texto:

“... Cuando España sea Estado miembro de origen, los emisores cuyas acciones estén admitidas a negociación en un Mercado Secundario Oficial o en otro Mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, deberán comunicar a la CNMV, hacer pública y difundir las operaciones sobre sus propias acciones, en los términos que se establezcan reglamentariamente...”

En la actualidad, existe un proyecto de Real Decreto, que desarrolla los Artículos 53 y 53 bis de la Ley del Mercado de Valores, dedicando el capítulo II a *información sobre autocartera*, en el que se establece un plazo de cuatro días para comunicar, y publicar esas operaciones, señalando el umbral de participación del 1% del capital social, ya sea porque se alcance, supere, o sitúe por de bajo del mencionado umbral.

Esta regulación especial sobre Autocartera, en sociedades cotizadas, alcanza un mayor grado de especialización en el próximo reglamento de las Ofertas Públicas de Adquisición, así en su Artículo 5. apartado nº 3, establece:

“El porcentaje de derechos de voto se calculará sobre la base de todas las acciones que lleven aparejados derechos de voto, incluso si se ha suspendido el ejercicio de los mismos. Se *excluirán* las acciones que, de acuerdo con la información disponible en la fecha *de cómputo* del porcentaje de voto, pertenezcan, directa o indirectamente, a la propia sociedad afectada.”

En el artículo 7. apartado 4, se preceptúa un nuevo supuesto de OPA sobrevenida, sin que el obligado a formular la OPA haya tenido intervención alguna, el proyecto describe el caso, en el que como consecuencia de las variaciones de Autocartera, un accionista alcance porcentajes de supuestos de participación de control indicados en el Artículo del proyecto de Real Decreto, deberá formular una OPA sobre todas las acciones de la sociedad afectada, en el plazo de 3 meses contados desde la fecha de la comunicación por la sociedad de las variaciones en su Autocartera, y mientras tanto no podrá ejercer los derechos políticos de sus acciones, o decida en ese mismo plazo enajenar las acciones necesarias para reducir el exceso de derechos de voto sobre los porcentajes de control de participación.

Este proyecto de Real Decreto de OPAS, aunque no recoge el contenido de la Norma 8 *Code Take Over Panel “Dealing in relevant securities by an offeror or the offeree company, and by any associates, for their own account during an offer period must be publicly disclosed in accordance with Notes 3,4 and 5”*, que obliga a informar en un plazo máximo de prácticamente 24 horas (hasta las 12 de la noche del día siguiente a la fecha de negociación), de las operaciones sobre acciones propias tanto del oferente como de la sociedad afectada, durante el periodo de aceptación de la OPA. Sí introduce en el Folleto a cumplimentar por el opante, en el caso de existir algún acuerdo con la Sociedad afectada, la obligación de indicar expresamente las ope-

raciones de Autocartera de esta última, durante los últimos 12 meses anteriores al anuncio previo de la oferta.

En el régimen de OPAS, que es el sistema por antonomasia más eficaz y contundente de protección del accionista minoritario en todos sus supuestos tanto desde el reparto en la prima de toma de control, ya se haya realizado directa ó indirectamente, como en la protección del mayor bien que tiene un accionista cuyo valor cotiza en Bolsa, esto es la LIQUIDEZ, es en este último caso dónde la autocartera sirve como elemento básico para contrarrestar esa pérdida de liquidez, que se produce cuándo una sociedad que cotiza en Bolsa toma el acuerdo de excluirse del mercado.

Tanto en el antiguo artículo 34 de la LMV, como en el actual fruto de la Ley 6/2007 de 12 de Abril, como en sus correspondientes desarrollos reglamentarios artículo 7 del extinto RD 1.197/91, y 10 del proyecto de RD de OPAS, se preceptúa la posibilidad de formular una OPA sino ha existido un procedimiento equivalente que haya protegido los legítimos intereses (la liquidez) de los titulares afectados por la exclusión esta OPA ó procedimiento equivalente supone la adquisición de acciones propias por parte de la sociedad interesada en abandonar la cotización, en el referido proyecto de RD admite la posibilidad de que un tercero provea la requerida contrapartida. Y el precio tanto en la anterior normativa como en la nueva no lo fija discrecionalmente la Junta General de Accionistas, sino que está sujeto al cumplimiento de unos determinados criterios objetivos establecidos para proteger a los intereses de los accionistas cuya voluntad es la de no permanecer en el Capital Social de una empresa sin liquidez en sus valores al perder la condición de sociedad cotizada.

Comprobamos de una forma tangible como la legislación del mercado de valores otorga directamente a la negociación con acciones propias el objetivo de ser la salvaguarda última de los legítimos intereses de los accionistas cuyos valores están admitidos a negociación, digamos que en el "último minuto" la autocartera sirve como garante de la liquidez. Como señalaremos más adelante este servicio en pro de la liquidez también puede ser utilizado en la propia negociación diaria de un valor, máxime en los de pequeña capitalización.

De una forma comparativa, podemos comprobar como el régimen general de autocartera, se *endurece* para el caso de sociedades cotizadas, lo cual es lógico por la especial protección que demanda el mercado hacia los pequeños inversores, que exige un entramado de instrumentos de información y de barreras normativas para intentar hacer imposible los supuestos de Market Abuse (utilización de información privilegiada y manipulación del precio).

Si en el seno de una sociedad anónima no cotizada, se pueden dar casos de utilización de información privilegiada, en una sociedad listada en Bolsa, estos *riesgos* se acrecientan de una manera exponencial, afectando no sólo a la información relevante no difundida, sino que también puede ser un factor distorsionante en la libre formación del precio de mercado, sobre todo en los valores poco líquidos. Por lo tanto, es del todo procedente que la regulación sobre negociación de acciones propias en las sociedades cotizadas en un mercado de valores, sea más rigurosa y exigente que la demandada para una sociedad anónima no listada en algún mercado de valores.

Pero todo ello, no debe ser óbice igual que en el caso de las Sociedades Anónimas no cotizadas, para que las sociedades cotizadas puedan negociar sobre sus propias acciones, si ésta contratación se realiza cumpliendo todos los requisitos establecidos en las Normas de Conducta de la Ley de Mercado de Valores, (y en las distintas normas de desarrollo de éstas) puede y debe ser un medio eficaz y positivo para el conjunto de los accionistas, y además convertirse en un instrumento útil para lograr el máximo valor que tiene una sociedad que cotiza en Bolsa, esto es la LIQUIDEZ (un volumen de negociación significativo, número de operaciones que justifique el estar admitido en un mercado abierto, y conseguir una horquilla lo más pequeña posible entre las posiciones de compra y venta sobre la acción).

Por lo tanto, urge que la Comisión Nacional del Mercado de Valores promulgue, una circular sobre prácticas aceptadas en el Mercado, en la que se regule la utilización de la Autocartera por parte de las sociedades emisoras de valores admitidas a negociación en un mercado secundario, antes de analizar esta necesidad, vamos a detallar los riesgos de abuso de mercado con la negociación de autocartera, en concreto las Normas de Conducta y de Market Abuse, así como el régimen de los SAFE HARBOURS o supuestos de utilización de acciones propias dentro de una normativa ad hoc, que le exoneran de cualquier utilización torticera de la negociación de acciones propias.

3. Riesgos (MARKET ABUSE)

Como hemos indicado, uno de los riesgos implícitos en la negociación con acciones propias es la posible utilización de información privilegiada, este riesgo es tan obvio que no merece mayor comentario, por ser del todo comprensible, el lugar donde mayor información privilegiada se genera es en la propia sociedad emisora – aunque no el único – por lo tanto, resulta lógico el establecimiento de procedimiento y controles que impidan la canalización de esa información a destinos no lícitos.

Los artículos 78 de la Ley del Mercado de Valores y siguientes contienen la regulación sobre normas de conducta, estando la normativa sobre información privilegiada en los artículos 81 a 83 bis, desarrollado por el Real Decreto 1333/2005 de 11 de Noviembre, que culmina la transposición de Directivas Europeas promulgadas sobre Market Abuse (Directiva 2003/6/CE, Directiva 2003/124/CE y Directiva 2004/72/CE, que junto al Reglamento 2273/2003 de la Comisión, suponen todo el entramado jurídico europeo en relación con el Market Abuse).

La definición de información privilegiada y sus efectos no son objeto de la presente reflexión, por lo tanto nos vamos a focalizar en el ámbito que hemos señalado, esto es en la sociedad emisora, siendo los preceptos más sensibles a este tema el artículo 83 bis de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 8 y 9 del R.D. 1333/2005 de 11 de Noviembre. En concreto el artículo 83 bis establece:

“Los emisores de valores, durante las fases de estudio o negociación de cualquier tipo de operación jurídica o financiera que pueda influir de manera apreciable en la cotización de los valores o instrumentos financieros afectados, tienen la obligación de:

- a. Limitar el conocimiento de la información estrictamente a aquellas personas, internas o externas de la organización a las que sea imprescindible.
- b. Llevar, para cada operación, un registro documental en el que consten los nombres de las personas a que se refiere el apartado anterior y la fecha en que cada una de ellas ha conocido la información.
- c. Advertir expresamente a las personas incluidas en el registro del carácter de la información y de su deber de confidencialidad y de la prohibición de su uso.
- d. Establecer medidas de seguridad para la custodia, archivo, acceso, reproducción y distribución de la información.
- e. Vigilar la evolución en el mercado de los Valores por ellos emitidos y las noticias que los difusores profesionales de información económica y los medios de divulgación emitan y les pudieran afectar.
- f. En el supuesto de que se produzca una evolución anormal de los volúmenes contratados o de los precios negociados y existan indicios racionales de que tal evolución se está produciendo como consecuencia de una difusión prematura, parcial distorsionada de la operación, difundir de inmediato, un Hecho Relevante que informe, de forma clara y precisa, del estado en que se encuentre la operación en curso o que contenga un avance de la información a suministrar, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 82.4 de esta ley.
- g. Los emisores de valores están obligados a someter la realización de operaciones sobre sus propias acciones o instrumentos financieros a ellos referenciados a medidas que eviten que las decisiones de inversión o desinversión puedan verse afectadas por el conocimiento de información privilegiada.
- h. Los emisores tienen igualmente la obligación de someter a los miembros de sus órganos de administración, a los directivos tal y como éstos se definen reglamentariamente, y al personal integrado en las áreas relacionadas con las actividades del Mercado de Valores a medidas que impidan el uso de información privilegiada sobre los valores e instrumentos financieros emitidos por la propia entidad u otra de su grupo.

El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la CNMV, podrán establecer medidas con carácter obligatorio en desarrollo de este artículo. En especial determinarán las formas y plazos en que los administradores y directivos y aquellas personas que tengan un vínculo estrecho con ellos, deban informar a la CNMV y al público en general sobre las adquisiciones de valores e instrumentos financieros, emitidos por la entidad en la que desempeñen tales cargos o referenciados a éstos”..

Los artículos 8 y 9 del R. D. 1333/2005 de 11 de Noviembre complementan y desarrollan el artículo 83 bis de la Ley del Mercado de Valores, merece destacar el número 2 del artículo 9 que define a directivo como “cualquier responsable de alto nivel

que tenga habitualmente acceso a la información privilegiada relacionada, directa o indirectamente con el emisor y que, además, tenga competencia para adoptar las decisiones de gestión que afecten al desarrollo futuro y a las perspectivas empresariales del emisor”...

De nuevo, vemos que el tratamiento de un posible *riesgo* como es la información privilegiada, se desarrolla de una manera detallada y nítida, tratando de establecer el máximo de medidas prudenciales en orden a crear un sistema seguro y disuasorio de una utilización ilícita de la información privilegiada. A ello, habría que añadir para el caso de que una sociedad emisora negocie sobre acciones propias, la regulación del artículo 83 de la LMV, que impide el flujo de información privilegiada, obligando a crear áreas separadas, y creando las llamadas *chinese walls* o murallas chinas. Aunque esta obligación no se exige directamente a las sociedades emisoras, (solo obliga directamente a las empresas de servicios de inversión y demás entidades que actúen o presten servicios de asesoramiento de inversión, en los mercados de valores); regulación aplicable, no solo por analogía, sino en concordancia con el apartado a) del artículo 83 bis y su nº 2 de la Ley del Mercado de Valores, y exigible en el Reglamento Interno de Conducta, para el caso de que una sociedad emisora opere directamente en el mercado con sus propias acciones.

El otro riesgo, en el que se puede incurrir en la negociación con autocartera, es el de la manipulación del precio en el mercado o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios, el artículo 83ter de la Ley del Mercado de Valores, señala los siguientes:

“a. Las operaciones u órdenes:

Que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores negociables o instrumentos financieros.

Que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concentrada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las operaciones o emitido las órdenes demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate.

b. Operaciones u órdenes que empleen dispositivos ficticios o cualquier otra forma engañosa o maquinación.

c. Difusión de información a través de los medios de comunicación, incluido Internet, o a través de cualquier otro medio, que proporcione o pueda proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto los instrumentos financieros, incluida la propagación de rumores y noticias falsas, engañosos, cuando la persona que los divulgó supiera o hubiera debido saber que la información era falsa o engañosa. Con respecto a los periodistas que...”

Por lo tanto, cuando una sociedad emisora negocia y/o introduzca órdenes en el Mercado, tendrá que cumplir todas las reglas que se exigen a cualquier inversor con

un reforzamiento de requerimientos prudenciales motivado por la propia situación en el Mercado de la sociedad emisora, máxime en valores poco líquidos ó de poco volumen de negociación.

Cómo se ha señalado, creemos que es necesario y vital para el Mercado de Valores, no solo por la evidente demanda de seguridad jurídica por parte de las emisoras y de los propios brokers, sino también para la eficiencia y competitividad del propio mercado, la promulgación de una CIRCULAR DE PRÁCTICAS ACEPTADAS sobre autocartera. Esta *demanda* ha existido siempre y la propia CNMV ha sido sensible a esta exigencia del Mercado, en este orden de cosas la CNMV difundió la “*Carta Circular 12/1998*”, denominada como “Criterios para la gestión de órdenes de autocartera en el Mercado”, que supuso en su momento una guía para los intervinientes en el Mercado, con el grave matiz de que no era de obligado cumplimiento por carecer de rango legal alguno.

4. Carta Circular 12 / 1998

Indicada “*Carta Circular 12/1998*”, partía del principio “...que los precios en Bolsa se fijen en función de las posiciones de compra y venta de terceros inversores, sin influencia del emisor, principalmente en la apertura y cierre de la sesión”, de este principio derivaba una directriz clara y nítida: “evitar que su actuación (negociación con autocartera), marque tendencia de precios”. Este principio y su consecuencia o directriz, es clave, para regular la negociación sobre acciones propias, esta no intervención en la formación del precio, se articulaba en la referida “*Carta Circular 12/1998*”, en dos formas: *Límites en el volumen de negociación* y *Límites en las órdenes*.

El límite en el volumen de negociación, se establecía en que no podía superar el 25% del promedio medio diario de contratación de las acciones; para el caso excepcional de que el Mercado presentase una gran volatilidad se permitía superar el indicado umbral. Los límites en los precios, se articulaban de la siguiente manera: las órdenes de compra no deberían ser superiores al mayor del precio de la última transacción realizada en el mercado por sujetos independientes, ni al precio más alto contenido en una orden de compra del carnet de órdenes. A sensu contrario para el supuesto de ventas, la orden de venta no debería ser inferior al precio de la última transacción realizada en el mercado, ni menor que el más bajo que figurase como orden de venta dentro del carnet de órdenes.

La “*Carta Circular 12/1998*” prohibía la existencia simultánea de compra y de venta del emisor sobre sus propias acciones, y por último señalaba un criterio total y absolutamente lógico, de que en el Reglamento Interno de Conducta, se estableciese un régimen de separadas para evitar el de información reservada o privilegiada hacia las personas responsables de decidir sobre las compras o ventas de autocartera. Esta Carta – Circular, merece esta referencia porque a pesar de sus limitaciones y posibles excesos prudenciales (no contemplaba la posibilidad de que la negociación sobre acciones propias, fuese realizada a través de un tercero *especialista* ó *proveedor de liquidez*, el cual desarrollase su actividad en base a un contrato de liquidez en el que las partes contratantes serían la propia sociedad emisora y un miembro del mercado

que estableciera una horquilla entre precios de compra y de venta; y tal vez se antoja como una prohibición excesiva el que la sociedad no pueda poner posiciones de compra y de venta de forma simultánea) supuso un esfuerzo de establecimiento de líneas de Actuación en la legítima y necesaria negociación sobre las propias acciones de una sociedad emisora.

5. Safe harbours y prácticas aceptadas del mercado

El reglamento (CE) nº 2273/2003 de la Comisión de 22 de Diciembre de 2003, desarrolló el artículo 8 de la Directiva 2003/6/CE, esto es los supuestos de negociación con acciones propias que se consideran safe harbours ó casos seguros de negociación en los que se les considera libres del ámbito del MARKET ABUSE, siempre y cuando esas operaciones se efectúen cumpliendo los procedimientos y requisitos establecidos en el mencionado Reglamento.

Los supuestos están establecidos en la propia Directiva 2003/6/CE, y son: Operaciones con acciones propias en programas de recompra, y para le estabilización de un instrumento financiero.-El artículo 3 del Reglamento determina las operaciones con acciones propias en programas de recompra, indicando que su objetivo exclusivo será reducir el capital de un emisor (en valor ó número de acciones) o cumplir con las obligaciones inherentes a: a) los instrumentos financieros de deuda convertibles en instrumentos de valores mobiliarios, y b) los programas de opciones de acciones y otras asignaciones de acciones para los empleados del emisor o de una empresa asociada. Siempre y cuando cumplan los requisitos indicados en los artículos 4, 5 y 6 del referido Reglamento.

Hay que observar, que el primer objetivo exclusivo del programa de recompra, esto es el de reducir capital social choca frontalmente con en el antiguo artículo 9 del RD 1197/91, como ya hemos señalado el artículo 9 exigía una OPA además del cumplimiento del artículo 170 de la LSA, lo que venía a suponer un nuevo reforzamiento de los derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas. El proyecto de RD de OPAS, intenta conciliar la obligación de formular una OPA, en el caso de reducción de capital social de una sociedad cotizada española se realice mediante la compra por ésta de sus propias acciones, y lo establecido en el Reglamento 2273/2003 de la Comisión Europea. Así en la redacción prevista en este nuevo RD de OPAS, en su artículo 12 estipula en primer lugar la obligación de formular una OPA para el caso ya descrito, introduciendo un número 2 en el que indica la exoneración de la obligación de formular una OPA, si la sociedad emisora ha efectuado el programa de recompra aplicando el Reglamento 2273/2003 de la Comisión Europea.

La situación creada puede dar lugar a interpretaciones divergentes, pero en cualquier caso va a ser un asunto que requerirá una actuación de supervisión severa, para evitar un uso abusivo del Reglamento tendente a incumplir una obligación de la emisora perfeñada en interés de los accionistas.

Los requisitos preceptuados en el Reglamento, tanto en los programas de recompra, como en el de estabilización de un instrumento financiero, vienen derivados de los

dos principios fundamentales para la libre formación de los precios, esto es información y divulgación de la voluntad de la emisora de negociar con acciones propias, y el establecimiento de límites en el precio introducido por la propia emisora, ó entidad que actúe por cuenta de ésta. Se trata de evitar los dos grandes y básicos factores del MARKET ABUSE, información privilegiada y manipulación del precio.

La condición de información pública para los programas de recompra es la contenida en el artículo 19 de La Directiva 77/91/CE, que tiene su expresión en nuestra legislación en los artículos 75 y siguientes de la LSA.

Los artículos 5 y 6 del Reglamento 2273/2003 de la CE, se dedican a las *condiciones y restricciones* de esta clase de operaciones, tanto si la compra de las propias acciones se realiza directamente ó a través de instrumentos financieros el precio no será más alto de la última operación independiente, ni superior a la oferta más alta. Es de resaltar que estos precios y ofertas *guías* tienen que ser los del mercado regulado del Estado miembro donde se efectúe la compra, en consecuencia no sirven como referencia los existentes en puntos de negociación que no tengan la condición de mercado regulado.

Se incorpora la obligación del límite del volumen que sobre el total tienen que tener estas operaciones fijando el del 25% del volumen diario, pudiendo exceder este límite en casos de liquidez extremadamente baja, y nunca sobrepasando el umbral del 50% del volumen diario. Aunque el Reglamento no prohíbe que estas negociaciones se realicen en mercados no regulados, sí parece señalar que lo adecuado es que se ejecuten en los mercados regulados.

Merece un pequeño detenimiento el artículo 6 del Reglamento sobre *restricciones*, sobre todo en el sentido de que puede servir de antecedente para la circular de *Prácticas aceptadas del mercado*. No sería coherente ni sistemático el que las restricciones en éste último caso fueran distintas ó superiores a las establecidas en el Reglamento.

Las restricciones no son de aplicación, si el emisor tiene un programa temporal de recompra ó si el gestor principal del programa de recompras es una empresa de servicios de inversión ó entidad de crédito que toma sus decisiones de negociación de acciones del emisor independientemente de éste, y sin su influencia, en lo relativo al momento de realización de las compras.

En concreto las restricciones son:

- a. Venta de acciones propias durante la duración del programa.
- b. La negociación durante períodos que según la legislación del Estado miembro en que se realice la operación sean períodos cerrados.
- c. La negociación cuando el emisor haya decidido retrasar la divulgación pública de información privilegiada de conformidad con el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva 2003/6/CE.

Es llamativo, que estas restricciones no afectan a las emisoras si éstas son empresas de servicios de inversión ó entidades de crédito y tengan áreas separadas o murallas

chinas que sean supervisadas por la autoridad competente, entre los responsables del manejo de la información privilegiada directa o indirectamente relacionada con el inversor y los responsables de cualquier decisión relativa a las operaciones con acciones propias (incluidas las que se hagan en nombre de clientes), cuando se realicen con arreglo a esa decisión, para la exoneración de los apartados B) y C) exige que esa separación alcance a las personas responsables de las decisiones de negociación en virtud del programa de recompra.

No se entiende esta discriminación entre emisoras por razón de su naturaleza, ya que las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito no son las únicas afectadas por una supervisión prudencial (compañías de seguros), y las demás aunque estén sujetas a una regulación común, tampoco resulta comprensible que no puedan acogerse a éstas exoneraciones si cumplen todos los requisitos concernientes a los de las áreas separadas ó murallas chinas.

Los artículos 8, 9, 10 y 11 del Reglamento están relacionados con la estabilización del precio de instrumentos financieros, en donde la información y divulgación de ésta es elemento indispensable, y el límite del precio para la estabilización es el de que no puede realizarse más alto que el de la oferta pública.

Como hemos indicado el Reglamento 2273/2003, es restrictivo en sus objetivos que vienen delimitados por el propio artículo 8 de la Directiva 2003/6/CE y no contempla que el objetivo sea fomentar la propia liquidez del valor ó cuidar las oscilaciones de los precios en los valores cotizados, por ello tal y como reiteradamente hemos indicado a lo largo del presente escrito, es del todo necesario una circular de prácticas aceptadas del mercado sobre negociación con acciones propias; en la actualidad existe un borrador de circular encuadrado dentro de la Iniciativa contra el Abuso de Mercado, que vamos a comentar.

En el Código de Conducta del grupo BBVA en el ámbito de los mercados de valores, en su Título IV "El control de la información", y dentro del epígrafe Actividades Especiales. Describe la actividad de gestión de autocartera "en la realización de operaciones sobre acciones propias. Normalmente este tipo de actuaciones obedecen al interés de facilitar a los inversores unos volúmenes adecuados de liquidez y profundidad a dicho valor y minimizar los posibles desequilibrios temporales que puedan existir entre oferta y demanda". Hemos transcrito esta descripción de gestión de autocartera porque nos parece un texto feliz, en el que se define lo que es el máximo valor de una acción que cotiza que es la liquidez, y la función que puede desarrollar una negociación con acciones de la propia sociedad emisora.

Es cierto, que el borrador de circular sobre autocartera no se limita al objetivo de fomentar la liquidez, sino que también abarca la compra de acciones para futuras operaciones corporativas no previstas en el Reglamento 2273/2003, lo cual es un dato positivo que sirve para facilitar operaciones financieras, las cuales a través de esta circular obtienen una seguridad jurídica en su preparación, necesaria y lógica para el buen fin de referidas operaciones.

Lo que resulta llamativo del borrador es el énfasis restrictivo cuando la entidad encargada de la liquidez es la propia sociedad emisora, marco limitativo muy superior

al del propio Reglamento, es procedente la prohibición de operar durante el período de tramitación de una OPA, pero entendemos que el propio Reglamento ya es lo suficiente cautelar en cuánto a la formación del precio.

Sí en cambio la propuesta contenida en el borrador de circular, para los contratos de liquidez con un intermediario parece correcta, y muy razonable la exigencia de que éstas operaciones se efectúen en mercados regulados ó oficiales, por la propia naturaleza de estas negociaciones.

En definitiva, creemos que la CNMV va a acometer la labor precisa para colmar la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las operaciones con autocartera con el objetivo de liquidez, lo cual es sin lugar a dudas un hecho positivo, sin perjuicio de que las propias sociedades emisoras puedan realizar esta función, siempre y cuando cumplan todos los requerimientos exigibles conforme a la legislación de Market Abuse.

EL DESEMPLEO EN LA SOCIEDAD COOPERATIVA

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Introducción	205
2. Los antecedentes del actual Sistema de Seguridad Social respecto a los socios trabajadores de las cooperativas	208
3. El Sistema de Seguridad Social vigente y la protección del desempleo en las sociedades cooperativas	216

1. Introducción

El desempleo, como contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, presenta importantes especialidades en el ámbito de las sociedades cooperativas.

Ello se debe, principalmente, a la confusa relación jurídica de trabajo existente entre los socios trabajadores y los socios de trabajo con la cooperativa, pues esta circunstancia ha influido a la hora de determinar el encuadramiento de los mismos en el Sistema de Seguridad Social¹.

Además, hay que tener en cuenta que la cuestión del encuadramiento de los socios trabajadores y socios de trabajo de las cooperativas, que resulta fundamental para establecer el alcance de la protección por desempleo, comenzó a plantearse en la época de los seguros sociales, sobre los que se ha erigido el actual Sistema de Seguridad Social.

1. LUJÁN ALCARAZ ha clasificado en tres grandes corrientes doctrinales las posturas existentes al respecto, en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado. Así, para la primera de las corrientes doctrinales el socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en nada se diferencia del trabajador asalariado, toda vez que su trabajo también se presta por cuenta ajena y bajo dependencia de la cooperativa. Por su parte, la segunda de las corrientes doctrinales, apoyándose en la jurisprudencia mayoritaria, defiende que el socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado únicamente se vincula con éstas a través de una relación societaria incompatible, en cuanto tal, con las notas de ajenidad y dependencia que definen el contrato de trabajo. Por último, la tercera corriente doctrinal ve en la relación de trabajo del socio trabajador un *tertium genus*, a saber, una relación de naturaleza mixta en virtud de la cual el socio, vinculado jurídicamente a la sociedad cooperativa mediante una única relación societaria, se obliga a realizar para la misma una prestación laboral dependiente y por cuenta ajena en nada distinguible de la que lleva a cabo el trabajador asalariado *stricto sensu* (LUJÁN ALCARAZ, J. El socio trabajador de las cooperativas de trabajo asociado en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. In *AS*, 1999, vol. V, p. 129-130).

En contra de esta postura, LÓPEZ GANDIA entiende que «o se defiende el carácter societario o el laboral, sin que quepan construcciones mixtas o negocios jurídicos complejos que tienen un valor más descriptivo que caracterizador» (LÓPEZ GANDIA, J. *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 35).

Por ello, la protección que el actual Sistema de Seguridad Social otorga a la situación de desempleo en las cooperativas depende sobremedida de la evolución histórica.

Ciertamente, el estudio de la evolución histórica nos sitúa ante lo que se ha legislado al respecto, ante la normativa aplicable. En definitiva, de ese estudio se obtiene una visión descriptiva de la protección por desempleo en el ámbito cooperativo.

En consecuencia, a ello nos atenderemos. Pero tampoco debe olvidarse la utilidad que en la actualidad se les reconoce a las cooperativas como generadoras de empleo, porque dicho reconocimiento corre el riesgo de convertirlas en un arma de doble filo.

En efecto, es cierto que a tenor de ciertas disposiciones, tanto nacionales como internacionales, y a la luz de políticas de empleo, se está dando cumplimiento al mandato de fomentar las sociedades cooperativas, establecido en artículo 129.2 de la Constitución². Sin embargo, debe mantenerse un equilibrio entre la utilidad de las cooperativas como instrumento generador de empleo y la razón de ser de las cooperativas.

En este sentido, la razón de ser de las cooperativas, como empresas de economía social, requiere un reforzamiento de sus aspectos laborales en sentido amplio; aspectos entre los que se encuentra la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social, y, en concreto, ante el desempleo.

En la actualidad, resulta indiscutible el hecho de que las cooperativas se encuentran mercantilizadas y que, por ende, responden a criterios economicistas y de eficiencia³. Así, «para las sociedades cooperativas, en un mundo cada vez más competitivo y riguroso en las reglas del mercado, la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a su naturaleza cooperativa, pues en vano podría mantener sus valores sociales si fallasen la eficacia y rentabilidad propias de su carácter empresarial»⁴.

No obstante, «la característica fundamental que diferencia a una empresa que adopta una entidad jurídica encuadrada en la Economía Social de las empresas tradicionales es que, mientras en estas el trabajo y el capital suelen estar separados, siendo el capital lo que aportan los socios y contratando a personas ajenas para la prestación

2. Respecto a la política comunitaria, en concreto, resulta interesante observar el cambio de criterio existente en torno a las cooperativas, que hasta 1983 son contempladas con recelo, para que a partir de ese momento se apueste por su extensión, al ser consideradas idóneas para crear empleo, mantener empleo y contribuir al desarrollo regional (ALONSO SOTO, F. Nueva Política Comunitaria sobre cooperativas. In *RT*, 1988, núm. 91. p. 95-116). Más extensamente, sobre la promoción de las empresas cooperativas en el ámbito internacional, comunitario y nacional, puede consultarse DE NIEVES NIETO, N. Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales. Madrid: CES, 2005, p. 167-179.

3. Al respecto, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F. Notas sobre el nuevo régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado. In *REDT*, 1980, núm. 1, p. 71-76.

4. Exposición de Motivos de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE de 17 de julio de 1999, núm. 170).

de servicios, en las empresas de Economía Social el trabajo es la principal aportación de los socios, que se acompaña de la de capital, en un plano secundario»⁵.

Por este motivo, las cooperativas se han convertido en una «vía alternativa a las formas tradicionales de empresa»⁶, en la lucha contra el desempleo y las crisis económicas, hasta el punto de considerarlas «yacimientos de empleo».

Tal es así que, con la intención de fomentarlas, a partir de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, son «de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado y a los socios de trabajo de las otras clases de cooperativas todas las normas e incentivos sobre trabajadores por cuenta ajena que tengan por objeto la consolidación y creación de empleos estables, tanto las relativas a la Seguridad Social como a las modalidades de contratación» (Disposición Adicional duodécima).

Concretamente, en la actualidad, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo⁷, considera beneficiarios de los incentivos fijados en el Programa de Fomento de Empleo, que la propia Ley establece en la Sección primera del Capítulo primero, a las sociedades cooperativas que incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena (artículo 1.3). Así, el Programa de Fomento de Empleo apuesta por la creación de empleo entre los sectores más desfavorecidos de la población: mujeres, mayores de 45 años, jóvenes, parados, trabajadores en situación de exclusión social, personas con discapacidad,

Pero al mismo tiempo que las cooperativas son incentivadas públicamente, con un fin tan loable como el perseguido por las políticas de empleo, resulta necesario reforzar el estatus paralarbora de los socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas. Es decir, de igual manera que se extienden los incentivos a las cooperativas, para lo que se equipara a los socios de las cooperativas con los trabajadores por cuenta ajena, también debe extenderse a dichos socios la protección social que gozan los trabajadores por cuenta ajena, en sus justos términos.

De lo contrario, junto a los incentivos derivados de las políticas de empleo, las mayores dosis de flexibilidad, autoexplotación y desregulación propias del ámbito cooperativo podrían convertirse en un atractivo demasiado apetecible para la huida del Derecho del Trabajo y el fomento de procesos de falso cooperativismo, que pueden acabar «no sólo desprestigiando al sector, sino fomentando el aprovechamiento de intervenciones públicas al servicio de objetivos y valores que no son los propios de la Economía Social en el marco constitucional»⁸.

5. MORGADO PANADERO, P. Las empresas de Economía Social y el Derecho del Trabajo. In *RL*, 2002, vol. II, p. 345.

6. *Ibidem*.

7. BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

8. LÓPEZ GANDIA, J. *ob. cit.*, p. 16. El mismo autor aborda los problemas derivados de las contrataciones a cabo por cooperativas, como fenómenos de descentralización productiva y de fuga del

Por todo ello, aunque resulte positivo que a la participación de los trabajadores en la propiedad y gestión de las empresas, como valor intrínseco de las cooperativas, se añada, en los últimos tiempos, la finalidad de mantener el empleo en situaciones de crisis y de crear empleo, como valor derivado de las cooperativas, no debe olvidarse que una adecuada política de empleo tiene que inspirarse en su doble dimensión de fomento del empleo y protección por desempleo⁹.

En último término, es preciso analizar la contingencia de desempleo en la sociedad cooperativa, además de descriptivamente, también con cierta crítica, en lo concerniente a aquellas disfuncionalidades que puedan existir en la protección de los socios de las cooperativas, en comparación con la protección de los trabajadores por cuenta ajena en general. Cuestión aparte, es que, tal y como ocurre con la institución del pago único, las prestaciones otorgadas para hacer frente a las situaciones de necesidad sirvan, al mismo tiempo, para fomentar el empleo¹⁰.

2. Los antecedentes del actual Sistema de Seguridad Social respecto a los socios trabajadores de las cooperativas

Los antecedentes del Sistema de Seguridad Social respecto a los socios trabajadores de las cooperativas se encuentran en los seguros sociales, así como en la Ley

contrato de trabajo por cuenta ajena, en fraude de ley de los artículos 42 y 43 del ET (LÓPEZ GANDÍA, J. Descentralización productiva y cooperativas de trabajo. In *RDS*, 2002, núm. 20, p. 53-70).

9. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. Fomento del empleo y protección por desempleo de los trabajadores. In *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 313-314.

10. En concreto, mediante la institución del pago único o de la también denominada capitalización de la prestación por desempleo regulada en el Real Decreto 1.044/1985, de 19 de junio (BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157), en relación con el artículo 228.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154), la prestación por desempleo puede abonarse al inicio de la misma o en un momento posterior por la prestación pendiente de percibir, siempre que el desempleado en cuestión se incorpore de forma estable como socio trabajador o socio de trabajo en cooperativas en las que previamente no haya sido cesado. Igualmente, cabe la posibilidad de realizar el pago único cuando el desempleado decida constituir una cooperativa *ex novo*. Al respecto, véase LÓPEZ GANDÍA, J. *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 149-154. Asimismo, también resultan interesantes las matizaciones realizadas por GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. *ob. cit.*, p. 328-333. Por último, mención especial merecen las reflexiones en torno a la cuestión hechas por VIQUEIRA PÉREZ, C. y BALLESTER LAGUNA, F. El pago único de la prestación por desempleo. Puntos críticos. In *RDS*, 1999, núm. 8, p. 61 a 69.

193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social¹¹. Precisamente, su conocimiento resulta fundamental para comprender el encuadramiento que de los mismos se realiza en el actual Sistema.

2.1. La etapa de los seguros sociales

En verdad, la situación anterior al Sistema de Seguridad Social, constituida por la etapa de los seguros sociales, resulta realmente caótica en cuanto a la protección social de los socios trabajadores de las cooperativas, ya que desde 1947 se suceden órdenes ministeriales sobre el tema, de bastante inconsistencia, notables contradicciones y flagrante inobservancia de la jerarquía normativa¹².

Entre las órdenes ministeriales que se preocupan por la cuestión, en primer lugar, destaca la Orden de 17 de junio de 1947¹³, al establecer que «quienes bajo dependencia de una sociedad cooperativa prestan su trabajo o realizan una obra o un servicio mediante remuneración, sean o no socios cooperadores, tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena y disfrutarán de los beneficios establecidos o que se establezcan por la legislación social para sus respectivas actividades profesionales» (artículo 1)¹⁴.

De este modo, esta Orden vino a solventar las dudas que existían al respecto, y que ya habían sido recogidas en la Circular de 20 de junio de 1940 del Instituto Nacional de Previsión, de cara a proteger a los socios trabajadores de las cooperativas¹⁵.

Por el contrario, la situación se complicó a raíz de la Orden de 10 de enero de 1948¹⁶, al establecer ésta, en su artículo único, una excepción a la anterior.

11. BOE de 30 de diciembre de 1963, núm. 312. Corrección de errores, BOE de 28 de enero de 1964, núm. 21.

12. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Un Régimen Especial de Seguridad Social: el de los socios trabajadores de cooperativas de producción. In *RPS*, 1964, núm. 61, p. 369.

13. *Gazeta de Madrid* de 4 de julio de 1947, núm. 174. La justificación de la consideración de trabajadores por cuenta ajena de los socios trabajadores de las cooperativas fue abordada también en la doctrina de la época. Por todos, MORÓN ALBAR, G. Los trabajadores de las cooperativas ante los seguros sociales. In *RT*, 1952, núm. 2, p. 126 y ss.

14. Para un estudio más detenido de esta Orden, véase DE LA VILLA GIL, L.E. La previsión social de los socios de cooperativas industriales. In *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, tomo III, vol. III. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1961, p. 320-325.

15. MORÓN ALBAR, G. *ob. cit.*, p. 127-128.

16. *Gazeta de Madrid* de 18 de enero de 1948, núm. 18.

A la luz de esta excepción, la situación quedaba de la siguiente manera¹⁷: a) A todas las cooperativas que no fueran de producción se seguirían aplicando las prescripciones de la Orden de 1947, cualquiera que fuera el carácter (socios o no) de sus trabajadores por cuenta ajena; b) a las cooperativas de producción se aplicaría la Orden de 1947 cuando emplearan sólo trabajadores por cuenta ajena, no socios, o bien éstos y otros que no lo fueran; c) la Orden de 1948 se aplicaría únicamente a las cooperativas de producción en las que sólo se emplearan socios cooperadores y, además, en aquellas en las que todos sus socios fueran trabajadores de las mismas.

Las incoherencias de esta orden fueron fuertemente criticadas por la doctrina¹⁸, y, en consecuencia, haciéndose eco de las mismas, la Orden de 11 de junio de 1952¹⁹ procedió a la derogación de la Orden de 10 de enero de 1948, y al restablecimiento de la Orden de 17 de junio de 1947, al señalar, en su artículo 1, que a los socios cooperadores les serían de aplicación los beneficios establecidos o que se estableciesen por la legislación social de Previsión.

Por tanto, se volvía a la situación anterior a la Orden de 10 de enero de 1948, pero acotando los beneficios que pudiesen gozar los socios cooperadores a los de Previsión, sin que se les extendieran los generales de la legislación laboral. Concretamente, el artículo 2 de la Orden de 11 de junio de 1952 se refería a la fecha inicial para la afiliación de los socios cooperadores en los regímenes de subsidios y seguros sociales obligatorios y en los montepíos laborales. Lo que sucede es que tal fecha fue aplazada por la Resolución de la Dirección General de Previsión de 24 de octubre de 1952²⁰.

Asimismo, en relación con los beneficios de Previsión de los socios trabajadores de las cooperativas, la Orden de 10 de septiembre de 1954, por la que se aprobó el Reglamento General del Mutualismo²¹, estableció, en su artículo 8, que los socios cooperadores quedaban comprendidos en el concepto de mutualistas. Con ello, se possibilitaba que la protección concedida mediante los seguros sociales obligatorios fuese complementada, igualmente de forma obligatoria, en el ámbito de las cooperativas a través de la institución del mutualismo laboral.

Pero al igual que había sucedido con la fecha inicial para la afiliación de los socios cooperadores en los regímenes de subsidios y seguros sociales obligatorios y en los antiguos montepíos laborales, también en este caso volvió a aplazarse la fecha de afiliación²².

17. DE LA VILLA GIL, L.E. *ob. cit.*, p. 326.

18. Por todos, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. *ob. cit.*, p. 380-384.

19. *Gazeta de Madrid* de 22 de junio de 1952, núm. 174.

20. DE LA VILLA GIL, L.E. *ob. cit.*, p. 328.

21. *Gazeta de Madrid* de 17 de septiembre de 1954, núm. 250.

22. DE LA VILLA GIL, L.E. *ob. cit.*, p. 330.

Por otro lado, se dictó la Orden de 30 de junio de 1959, por la que se refundieron las normas sobre aplicación de los seguros sociales unificados y mutualismo laboral, y se reguló la extensión de la participación de las empresas en la administración delegada de aquellos seguros sociales²³.

Conforme al artículo 6 de esta orden, quedaron excluidos de los seguros sociales unificados, entre otros, los socios cooperadores que con este carácter prestaban servicios en cooperativas industriales. Ahora bien, a tales socios se les respetaron íntegramente los derechos que habían adquirido mientras se encontraban incluidos en los expresados seguros, a efectos de los beneficios que de ellos pudieran derivarse. Igualmente, se confirmaron las prestaciones que aquellos socios hubieran podido percibir como consecuencia de su afiliación a los seguros sociales unificados.

Por consiguiente, tras esta Orden, cabía la posibilidad de distinguir tres situaciones²⁴:

- a) En primer lugar, los socios al servicio, con este carácter, de cooperativas industriales, quedaban excluidos de los seguros sociales unificados, pero no del resto de los seguros sociales.
- b) En segundo lugar, respecto a los socios al servicio de las cooperativas de cualquier otra clase, seguía siendo válido lo preceptuado por la Orden de 11 de junio de 1952.
- c) Finalmente, en lo que se refiere a los trabajadores, no socios, al servicio de cooperativas de cualquier clase, debía aplicarse la Orden de 17 de junio de 1947, puesto que la Orden de 11 de junio de 1952 solamente se refería a los socios cooperadores. Ello suponía la extensión a los mismos de los beneficios de la legislación laboral.

Partiendo de esta situación, en lo que se refiere a la protección por desempleo, si bien los seguros sociales unificados, en un principio, afectaron a los seguros de vejez e invalidez, enfermedad y a los subsidios familiares²⁵, la Ley de 22 de julio de 1961, por la que se creaba el seguro nacional de desempleo²⁶, extendió su campo de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena afiliados en los seguros sociales

23. Gazeta de Madrid de 16 de julio de 1959, núm. 169.

24. DE LA VILLA GIL, L.E. *ob. cit.*, p. 343.

25. Véase el Decreto de 29 de diciembre de 1948, por el que se simplificaron y unificaron los procedimientos de afiliación y cotización de los seguros sociales obligatorios (Gazeta de Madrid de 18 de enero de 1949, núm. 18).

26. BOE de 24 de julio de 1961, núm. 175.

Para comprender lo tardío de su creación debe partirse de las ideas recogidas en su Exposición: «el riesgo de desempleo constituye una de las más graves amenazas para la vida del trabajador. Sin embargo, el seguro que lo atiende ha tenido un lento proceso de implantación en los regímenes de Seguridad Social [sic.]. Ello es debido, en parte, a las indudables

unificados (artículo 4). Así pues, esto suponía su no aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas industriales. De todos modos, la propia Ley dispuso que los trabajadores exceptuados se asegurarían en regímenes especiales que, con carácter de urgencia, sometería el Ministerio de Trabajo a la aprobación del Gobierno (artículo 4).

Por último, la situación se complicó más aún, con las Órdenes de 25 de marzo²⁷ y 7 de octubre de 1963²⁸, al abrirse «una nueva etapa caracterizada por la posibilidad de opción de encuadramiento de los socios»²⁹. Así, conforme a estas Órdenes, a los socios de las cooperativas industriales afiliados a la mutualidad laboral se les concedió la opción de continuar en tal régimen o de pasar a encuadrarse en la mutualidad laboral de trabajadores autónomos que les correspondiese.

Ahora bien, al margen del derecho de opción reconocido a los ya afiliados a la mutualidad laboral, a partir de la Orden de 25 de marzo de 1963, a los socios de las cooperativas industriales que practicasen su profesión y oficio en las mismas, se les atribuyó, individualmente, la condición de trabajadores independientes a efectos de su incorporación a las mutualidades de trabajadores autónomos (artículo 7).

dificultades técnicas y económicas que ofrece, pero también, y aun más, al error de tratarlo como instrumento directo para combatir la escasez de colocaciones en un país».

Pese a tales dificultades, los antecedentes de la Ley de 22 de julio de 1961 demuestran la preocupación del legislador por enfrentarse a este riesgo social. Así, el Decreto de 16 de junio de 1954 (BOE de 25 de julio de 1954, núm. 206) había creado la Caja Nacional del Seguro de Paro Tecnológico, con el objeto de conceder temporalmente subsidios a aquellos trabajadores fijos cuyo cese al servicio de una empresa no agrícola se hubiese autorizado oficialmente por haberse introducido en la misma mejoras de carácter técnico o de nuevos métodos en el trabajo que dieran lugar a un incremento en su productividad.

Poco después, el Decreto de 26 de noviembre de 1959 (BOE de 28 de noviembre de 1959, núm. 285) estableció el subsidio de paro obrero para los trabajadores fijos o de plantilla y afiliados a los seguros sociales unificados, con seis meses como mínimo de antelación, cuando la autorización concedida a una empresa para reducir, suspender o cesar actividades se hubiese basado en dificultades de orden económico.

En relación con el subsidio de paro obrero, se dictaron, posteriormente, el Decreto de 3 de marzo de 1960 (BOE de 7 de marzo de 1960, núm. 57), por el que se amplió el campo de aplicación del subsidio de paro, en casos de reducción de jornada diaria o semanal y de establecimiento de turnos o días de paro en cada semana que afectase a toda o parte de la plantilla, bien ésta se mantuviese completa o se redujese con la debida autorización temporal o definitivamente, y el Decreto de 15 de diciembre de 1960 (BOE de 17 de enero de 1961, núm. 14), por el que se mejoraron los subsidios de paro y se reconoció el derecho preferente de los beneficiarios de paro obrero para reintegrarse a su empresa.

27. Gazeta de Madrid de 11 de abril de 1963, núm. 87.

28. Gazeta de Madrid de 18 de noviembre de 1963, núm. 276.

29. ORTIZ LALLANA, M.C. *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*. Barcelona: Bosch, 1989, p. 107.

El problema residía en que conforme al artículo 9 del Reglamento para la aplicación del texto refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo, aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956³⁰, dichos socios tenían, también, la consideración de trabajadores por cuenta ajena.

2.2. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, y sus consecuencias para los socios de las cooperativas

En esta tesitura, y con los antecedentes citados, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, introdujo entre los regímenes especiales que debían establecerse en el futuro el relativo a los socios trabajadores de cooperativas de producción (Base tercera). Por consiguiente, todo parecía indicar que dicho régimen especial pondría fin a la doble concepción de los socios trabajadores de las cooperativas industriales.

Este posicionamiento se mantuvo tanto en el artículo 10 del Decreto de 21 de abril de 1966, que aprobó el Texto Articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social³¹, como en el artículo 10 del Decreto 2.065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social³², pero sin que en ningún momento llegase a constituirse el tan mencionado Régimen Especial de los socios trabajadores de cooperativas de producción.

Así, ante la inexistencia del Régimen Especial, el Decreto 2.566/1971, de 13 de agosto, relativo a la Seguridad Social de socios trabajadores de las cooperativas de producción³³, en evitación de la serie de inconvenientes y dificultades que planteaba la doble concepción de los socios trabajadores de las cooperativas industriales, estableció con carácter provisional un régimen uniforme al respecto. De acuerdo con dicho régimen, los socios trabajadores de cooperativas de producción, en cuanto a la Seguridad Social se refiere, quedaban asimilados a trabajadores por cuenta ajena (artículo 1).

Por el contrario, el encuadramiento de los socios trabajadores de las cooperativas denominadas de trabajo asociado (o también industriales o de producción) en el Sistema de Seguridad Social volvió a complicarse cuando el artículo 48.4 de la Ley 52/1974, de 11 de diciembre, General de Cooperativas³⁴, reconoció para dichos so-

30. Gazeta de Madrid de 15 de julio de 1956, núm. 197.

31. BOE de 22 de abril de 1966, núm. 96.

32. BOE de 20 y 22 de julio de 1974, núms. 173 y 174.

33. BOE de 27 de octubre de 1971, núm. 257.

34. BOE de 21 de diciembre de 1974, núm. 305.

cios el derecho a ser beneficiarios de la Seguridad Social, permitiendo que fuesen las cooperativas las que optasen en sus estatutos entre las modalidades siguientes³⁵:

a) como asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los supuestos y términos que debían fijarse por Decreto, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical; dichas cooperativas deberían integrarse en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según procediese de acuerdo con su actividad.

b) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente.

Del mismo modo, el Real Decreto 2.710/1978, de 16 de noviembre³⁶, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley 52/1974, de 11 de diciembre, General de Cooperativas, en su artículo 111, volvió a reiterar lo establecido por la Ley General de Cooperativas.

Pese a todo, el ejercicio de la primera posibilidad se encontraba condicionado al desarrollo normativo que se fijase en un real decreto, en que debían señalarse los supuestos y términos de su aplicabilidad, pero la falta de dicho desarrollo se prolongaba con demasía.

Por ello, a pesar de esta circunstancia, muchas cooperativas optaron en sus estatutos por la aplicación a sus socios trabajadores del Régimen General, y, asimismo, se admitió el alta de dichos socios en el Régimen General.

Lógicamente, el alta en el Régimen General suponía para los socios la expectativa de obtener ciertas prestaciones, siempre y cuando cumpliesen los requisitos establecidos para ello, en los supuestos de actualización de las distintas situaciones de necesidad, y, entre éstas, las derivadas de la contingencia de desempleo.

Además, la Orden de 5 de mayo de 1967, sobre prestaciones por desempleo³⁷, en su artículo 10 establecía que para la declaración de la situación de desempleo de las personas que estuvieran asimiladas a la condición de trabajadores por cuenta ajena, entre las que se encontraban los socios trabajadores de las cooperativas de producción, bastaba con que se reconociese su existencia por resolución de la entidad gestora a instancia de los interesados.

35. Esta posibilidad de opción fue criticada en la doctrina. Así, entre otros, *ÁLVAREZ ALCOLEA* calificó esta nueva regulación como «ciertamente contradictoria», y añadió que «en principio, o se está ante un trabajador por cuenta ajena o ante un trabajador autónomo y, en consecuencia, la adscripción al Régimen General o al Régimen Especial de los trabajadores autónomos, vendría determinada por la calificación jurídica otorgada al socio-trabajador de la cooperativa de producción» (*ÁLVAREZ ALCOLEA*, M. La condición jurídico-laboral de los socios de las cooperativas de producción. In *RPS*, 1975, núm. 107, p. 120).

36. BOE de 17 de noviembre de 1978, núm. 275.

37. BOE de 19 de mayo de 1967, núm. 119.

De este modo, en un principio se consiguieron evitar los eventuales problemas que podían ocasionarse en relación con las prestaciones de desempleo, debido a la ausencia del desarrollo normativo que estableciese las condiciones para poder optar por el régimen que correspondiese a los socios trabajadores de las cooperativas de producción, asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, según la actividad.

Pero los problemas derivados de la ausencia de dicho desarrollo normativo acabaron haciendo acto de presencia, en el caso de la contingencia por desempleo³⁸. Efectivamente, la aprobación de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo³⁹, y del Real Decreto 920/1981, de 24 de abril⁴⁰, por el que se aprobó el Reglamento de prestaciones por desempleo supusieron un «giro radical y regresivo» al excluir a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado de la protección por desempleo⁴¹.

Dicha exclusión de produjo, por una lado, con la derogación de la Orden de 5 de mayo de 1967, sobre prestaciones por desempleo, llevada a cabo por el Real Decreto 920/1981, y, por otro lado, por la delimitación del campo de aplicación de las prestaciones por desempleo, que tanto la Ley 51/1980 como el propio Real Decreto 920/1981 lo limitaban a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General y en los Regímenes Especiales que protegieran la contingencia de desempleo.

De este modo, los socios veían truncadas sus expectativas de obtener prestaciones por desempleo, al no mantener una relación laboral, sino societaria, con la cooperativa, y, en consecuencia, por no poder suspender o extinguir una relación laboral inexistente.

Esta situación pudo haber cambiado con la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo⁴², ya que a través de la misma el legislador optó por extender la protección por desempleo a ciertas personas que, en sentido estricto, no tienen la condición de trabajadores por cuenta ajena sino la de asimilados a tal condición a los efectos de protección social. Sin embargo, esta extensión no alcanzó a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

38. Respecto a los problemas derivados de esa situación, véanse las apreciaciones realizadas por DE LAS HERAS BORRERO, F. M. El derecho a las prestaciones por desempleo de los socios trabajadores en cooperativas de trabajo asociado. In *RT*, 1983, núm. 70, p. 59-62. Igualmente, véase, al respecto, ALONSO SOTO, F. Las relaciones laborales en las cooperativas en España. In *REDT*, 1984, núm. 20, p. 551-552.

39. BOE de 17 de octubre de 1980, núm. 250.

40. BOE de 23 de mayo de 1981, núm. 123.

41. FERNÁNDEZ PROL, F. La reforma del sistema de protección por desempleo de los socios trabajadores y socios de trabajo de las cooperativas. In *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 1197.

42. BOE de 4 de agosto de 1984, núm. 186.

De todos modos, el artículo 3 de la Ley 31/1984 dejaba las puertas abiertas al Gobierno para ampliar la cobertura de la contingencia de desempleo a otros colectivos. Finalmente, y con base en dicha posibilidad, el Real Decreto 1.043/1985, de 19 de junio⁴³, amplió la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado.

3. El Sistema de Seguridad Social vigente y la protección del desempleo en las sociedades cooperativas

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1.043/1985, la protección por desempleo de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado cuenta con una regulación específica.

Por ello, a raíz de ese momento, los principales problemas residen, primero, en determinar la relación existente entre la regulación contenida en el Real Decreto 1.043/1985 y la regulación contenida en otras normas, en lo que se refiere al encuadramiento de las cooperativas en el Sistema de Seguridad Social, y segundo, en la aplicación correcta del Real Decreto 1.043/1985, teniendo en cuenta sus posteriores modificaciones, llevadas a cabo por el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado en situación de cese temporal o reducción temporal de jornada⁴⁴; por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad⁴⁵; por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo⁴⁶; y por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo⁴⁷.

3.1. La relación existente entre el Real Decreto 1.043/1985 y el resto de normas de carácter general existentes en lo que se refiere al encuadramiento de las cooperativas en el Sistema de Seguridad Social

En un principio el Real Decreto 1.043/1985 tuvo que «convivir» con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas⁴⁸, puesto que en su Disposición Adicional

43. BOE de 2 de julio de 1985, núm. 157.

44. BOE de 17 de febrero de 1996, núm. 42.

45. BOE de 13 de diciembre de 2002, núm. 298.

46. BOE de 14 de junio de 2006, núm. 141.

47. BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

48. BOE de 8 de abril de 1987, núm. 84.

cuarta establecía que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarían de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa en sus estatutos entre las modalidades siguientes:

- a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas debían quedar integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según procediese, de acuerdo con su actividad.
- b) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente.

Por su parte, el Real Decreto 225/1989, de 3 de marzo, sobre condiciones de incorporación al Sistema de la Seguridad Social de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado⁴⁹, en su artículo 1 reproducía la Disposición Adicional cuarta de la Ley 3/1987, General de Cooperativas.

Pero, posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), incorporó las reglas generales a tener en cuenta para el correcto encuadramiento de las cooperativas en la Seguridad Social.

De acuerdo con dichas reglas, deben distinguirse los distintos tipos de cooperativas, en razón de la actividad, y las diversas relaciones que se pueden dar entre los socios como persona física y la cooperativa como persona jurídica: socios trabajadores en las de trabajo asociado, socios de explotación comunitaria de la tierra y socios de trabajo en las demás⁵⁰.

Así, en primer lugar, el artículo 7 del TRLGSS se limita a señalar que los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado se encuentran comprendidos en el Sistema de Seguridad Social.

En segundo lugar, la Disposición Adicional cuarta del TRLGSS, bajo la rúbrica «modalidades de integración de los socios trabajadores y de los socios de trabajo de las cooperativas» aporta algo más de claridad a la situación.

Respecto a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, el TRLGSS viene a reproducir la clásica posibilidad de elección concedida a las cooperativas, según la cual éstas, en sus estatutos, podrán optar entre las modalidades siguientes:

- a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.
- b) Como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente.

49. BOE de 8 de marzo de 1989, núm. 57.

50. LÓPEZ GANDÍA, J. Las prestaciones de desempleo en empresas de economía social. Especial referencia al pago único. In *AS*, 2002, vol. V, p. 1074.

En cambio, en la misma línea que la Disposición Adicional cuarta de la Ley 3/1987, General de Cooperativas, a efectos de Seguridad Social, el TRLGSS considera, en todo caso, a los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, así como a los socios de trabajo del resto de las cooperativas, asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Lo que sucede es que, a efectos de la protección por desempleo, a estos socios también les será de aplicación el Real Decreto 1.043/1985, en las mismas condiciones establecidas para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (Disposición Adicional tercera del Real Decreto 1.043/1985).

En conclusión, para determinar el grado de protección por cualquier contingencia de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado hay que estar a lo preceptuado en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, en atención a la opción de encuadramiento realizada por la propia cooperativa, así como a las reglas específicas que en su caso se establezcan en relación con cada contingencia, a efectos de su aplicabilidad a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado.

Con lo que, en el caso de la contingencia por desempleo, el Real Decreto 1.043/1985 constituye el punto de partida para determinar el grado de protección de tales socios trabajadores, dado su carácter especial respecto al TRLGSS⁵¹. Además, resulta evidente, que la opción realizada por la cooperativa para el encuadramiento de sus socios como trabajadores autónomos en el Régimen Especial correspondiente deja sin protección por desempleo a los mismos, al contemplarse esta contingencia únicamente para los trabajadores por cuenta ajena o asimilados a los mismos⁵².

3.2. El ámbito de aplicación del Real Decreto 1.043/1985

Si bien es cierto que mediante el Real Decreto 1.043/1985 se extiende la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, no deja de ser menos cierto que tal extensión se produce con carácter limitado, en comparación con la protección concedida a los trabajadores por cuenta ajena. Precisamente, las distintas reformas sobre el Real Decreto 1.043/1985 han intentado paliar, de algún modo, dichas limitaciones⁵³. El análisis del ámbito de aplicación del Real Decreto 1.043/1985, evidencia, por lo demás, las limitaciones existentes.

51. En este sentido, véase la STS de 16 de mayo de 2005 (Ar. 5816).

52. Con el objetivo de hacer frente a esta carencia debe destacarse la experiencia de Lagun-Aro respecto a sus mutualistas y cooperativas asociadas. Nos referimos a la prestación de Ayuda al Empleo, en relación con una política de «reubicaciones» (LARRECHI, J.M. Lagun-Aro como respuesta a una necesidad. In *REVESCO*, 1996, núm. 62, p. 88-89).

53. Desde un punto de vista histórico, estas limitaciones fueron consideradas como «una discriminación normativa no razonable» (PAZ CANALEJO, N. y MERCADER UGUINA, J.R. *La desprotección relativa por desempleo de los socios de cooperativas de trabajo asociado: una discriminación normativa no razonable*. Vitoria-Gasteiz: Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, 1993, 240 p.).

Independientemente de que los trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en alguno de los Regímenes Especiales que protegen la contingencia de desempleo, deban reunir necesariamente los requisitos exigidos en el artículo 207 del TRLGSS, las prestaciones por desempleo previstas en el TRLGSS se obtienen conforme a lo previsto en el Real Decreto 1.043/1985.

Así, en primer lugar, solamente se consideran en situación legal de desempleo los socios trabajadores de cooperativas de trabajo que se encuentran en alguno de los siguientes supuestos (artículo 2 del Real Decreto 1.043/1985, en relación con el artículo 1 del Real Decreto 42/1996):

- a) Los que hubieran cesado, con carácter definitivo, en la prestación de trabajo en la Cooperativa, perdiendo los derechos económicos derivados directamente de dicha prestación, por alguna de las siguientes causas: a.1) por expulsión improcedente de la cooperativa; a.2) por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor; a.3) por finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada.
- b) Los que debido a la existencia de causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, debidamente acreditadas: b.1) hubieran cesado, con carácter temporal, en la prestación de trabajo en la cooperativa, con la consiguiente privación de los anticipos laborales acreditables por dicha prestación; b.2) vieran reducida temporalmente su jornada de trabajo al menos en una tercera parte, siempre que los anticipos laborales derivados directamente de dicha prestación sean objeto de la análoga reducción y que la jornada reducida resultante no sea superior a veintiséis horas semanales en cómputo anual.
- c) Los aspirantes a socios que hubieran cesado en la prestación de trabajo durante el período de prueba por decisión unilateral del Consejo Rector de la cooperativa.

Igualmente, para la obtención de las prestaciones resulta fundamental que la declaración de las situaciones legales de desempleo se produzca por los medios establecidos en el Real Decreto 1.043/1985 (artículo 3) y en el Real Decreto 42/1996 (artículo 2), a saber:

- a) En el supuesto de expulsión del socio es necesaria la notificación del acuerdo de expulsión por parte del Consejo Rector de la cooperativa, en la que se indique su fecha de efectos, o, en su caso, el acta de conciliación judicial o la resolución definitiva de la jurisdicción competente que declare expresamente la improcedencia de la expulsión.
- b) En el caso de cese definitivo de la actividad por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor, es necesario que la existencia de tales causas sea debidamente constatada por la autoridad laboral.
- c) En los casos de quienes, debido a la existencia de causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, hubieran cesado, con carácter temporal, en

la prestación de trabajo en la cooperativa, con la consiguiente privación de los anticipos laborales acreditables por dicha prestación, o vieran reducida temporalmente su jornada de trabajo al menos en una tercera parte, es necesario que las causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor sean debidamente constatadas por la autoridad laboral, previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- d) En el caso de cese durante el período de prueba es necesaria la comunicación del acuerdo de no admisión por parte del Consejo Rector de la cooperativa al aspirante.
- e) En el supuesto de finalización del período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada, se requiere certificación del Consejo Rector de la baja en la cooperativa por dicha causa, en la que conste la fecha de efectos.

Ahora bien, en los supuestos b) y c) anteriores, la autoridad laboral debe seguir el siguiente procedimiento para acreditar la existencia de las causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor que dan lugar a la correspondiente situación legal de desempleo (artículo 4 y Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1.043/1985):

- a) En principio, la autoridad laboral competente para declarar la situación legal de desempleo de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado es la Dirección de Trabajo y Seguridad Social de la provincia donde tenga su domicilio la cooperativa. Y si la cooperativa tuviera varios centros de trabajo en distintas provincias, será competente la Dirección General de Trabajo, salvo delegación expresa en una de las Direcciones Provinciales competentes por razón del lugar. Ahora bien, en aquellas comunidades autónomas que tengan transferidas competencias en materia de expedientes de regulación de empleo, para determinar la autoridad laboral competente en cuestión, habrá que tener en cuenta los criterios establecidos en los respectivos reales decretos de transferencia.
- b) La iniciación del procedimiento administrativo ante la autoridad laboral debe realizarse por la representación legal de la cooperativa, previo acuerdo de su Asamblea General.
- c) En el escrito de iniciación deben constar, al menos, los siguientes extremos: c.1) nombre del solicitante, legitimación para iniciar el expediente y domicilio a efecto de notificaciones; c.2) nombre y domicilio social de la cooperativa, número de inscripción en la Seguridad Social, centro o centros de trabajo y número de socios trabajadores y de trabajadores por cuenta ajena ocupados en cada uno, detallándose su especialidad, categoría o grupo profesional, así como la modalidad de su contrato de trabajo para los trabajadores por cuenta ajena; c.3) causa justificativa del desempleo.
- d) Junto al escrito de iniciación, la cooperativa debe presentar los siguientes documentos:

- Certificación literal del acuerdo de la Asamblea General de la suspensión total y/o parcial, o cese definitivo, de la prestación de trabajo de los socios trabajadores. Y cuando se trate de la suspensión, debe presentarse también certificación expedida por el Secretario de la cooperativa, con el visto bueno del Presidente del Consejo Rector, en la que se acredite la duración de la jornada de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la misma a lo largo del año de los socios trabajadores cuya declaración de desempleo se solicita.
- Relación de los socios trabajadores cuya declaración de desempleo se solicita, con indicación de los números de documento nacional de identidad, de afiliación a la Seguridad Social, fecha de ingreso en la cooperativa, especialidad, categoría o grupo profesional y declaración expresa, en el caso de suspensión total y/o parcial de la jornada, de cada uno de los afectados sobre la duración de su jornada de trabajo durante los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. Igualmente, en el caso de que los trabajadores por cuenta ajena de la cooperativa estuviesen afectados por un expediente de regulación de empleo, también debe citarse dicho expediente.
- Memoria explicativa de la causa justificativa del desempleo y las pruebas cuya aportación se estime necesaria. Cuando la causa sea económica deben aportarse, además, los balances y cuentas de pérdidas y ganancias de los últimos tres años debidamente aprobados por los órganos competentes. En todo caso, debe aportarse un informe sobre los aspectos financiero, productivo, comercial y organizativo de la cooperativa.
- Justificación expresa de la duración de la suspensión solicitada, en su caso.
- Plan provisional de acciones empresariales para la recuperación del empleo elaborado por el Consejo Rector y aprobado por la Asamblea General, acompañado de una propuesta de seguimiento periódico a realizar por la autoridad laboral, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto a los plazos para solicitar la prestación por desempleo, los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que sean declarados en situación legal de desempleo deben solicitar de la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo de expulsión de la cooperativa o, en su caso, del acta de conciliación o de la resolución judicial, del acuerdo de no admisión de la cooperativa al interesado, de la resolución de la autoridad laboral a la cooperativa, o de la fecha en que finalizó el período al que se limitó el vínculo societario de duración determinada.

En caso de presentar la solicitud fuera de dicho plazo, se mantiene el derecho al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma, y aquélla en que efec-

tivamente se hubiese formulado la solicitud (artículo 5 del Real Decreto 1.043/1985, en relación con el artículo 209.2 del TRLGSS).

Finalmente, corresponde al Servicio Público de Empleo declarar el reconocimiento, suspensión, reanudación y extinción del derecho a las prestaciones por desempleo.

Con todo ello, puede concluirse que todavía, y a pesar de las reformas operadas, la protección por desempleo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dista mucho de la protección concedida a los trabajadores por cuenta ajena. Así lo justifica el hecho de que los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado no tengan derecho a las prestaciones por desempleo, por ejemplo: a) cuando la separación haya sido declarada procedente; b) como consecuencia de una baja obligatoria justificada por ineptitud sobrevenida, inadaptación o excesiva morbilidad prevista estatutariamente; c) por la finalización voluntaria justificada derivada de la asunción de deberes o cargas gravemente onerosas sobrevenidas; e) por la rescisión voluntaria de la relación por impago de anticipos laborales⁵⁴.

Pero la verdad es que «dada la no necesidad de reclamar en tiempo y forma contra la expulsión del socio, parece absurdo no admitir ya las demás causas... [pues bastaría], entonces, con que la cooperativa [canalizase] la extinción por la vía de la expulsión por alguna de las causas previstas en los estatutos sin necesidad de alegar las causas que no están expresamente contempladas en el Real Decreto 1.043/1985»⁵⁵.

54. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. La reforma de las prestaciones por desempleo. In *Aspectos puntuales de la Reforma Laboral de 2006. Análisis del Real Decreto-ley 5/2006*. Murcia: Laborum, 2006, p. 202-203.

55. LÓPEZ GANDÍA, J. *ob. cit.*, p. 1084-1085.

SOCIEDAD DE GANANCIALES Y PARTICIPACIONES SOCIALES

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. Visión general de la sociedad de gananciales.....	225
2. La determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las participaciones sociales.....	227

1. Visión general de la sociedad de gananciales

El Código civil establece como régimen legal supletorio (art. 1316 C.c.) el de la sociedad de gananciales, configurándolo como un régimen de comunidad relativa limitada a las adquisiciones onerosas realizadas por los cónyuges durante la vigencia del mismo.

La primera nota que caracteriza el régimen de la sociedad de gananciales es que el mismo da lugar al nacimiento de un patrimonio, el ganancial, separado de los patrimonios personales de los cónyuges e integrado por todos aquellos bienes que merecen *ex lege* (cfr. arts. 1.347 y concordantes del Código civil) o *ex voluntate* (cfr. arts. 1.353 y 1.355 del Código civil) la calificación de gananciales.

En efecto, entendemos que concurren respecto del patrimonio ganancial las notas que tradicionalmente la doctrina señala para caracterizar los patrimonios separados¹, esto es, la existencia de un régimen especial de responsabilidad y su destino a un fin determinado, unidas a un régimen concreto de administración y disposición.

En este sentido, en primer lugar, se puede mantener la tesis de que los bienes gananciales están especialmente afectos a las cargas del matrimonio. Precisamente el especial destino o la especial afectación de los bienes gananciales al sostenimiento de las cargas familiares es uno de los argumentos que justifican que se pueda entender que se produce una escisión de esta masa patrimonial respecto de las privativas de cada cónyuge, sin perjuicio de que ambos sean cotitulares de la misma. Por otro lado, esa vinculación a un fin, determina a su vez, que la condición de comunero sea inseparable de la condición de cónyuge, resultando inalienable².

1. Vid. GUTIERREZ BARRENGO, A., MONJE BALMASEDA, O. (coord.) *Compendio de Derecho civil, Derecho de familia*, tomo IV, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 194 y ss.

2. DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XVIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1984, pág. 76.

Por otra parte, se establece en relación con los bienes gananciales un régimen de disposición y administración diferenciado respecto de los privativos de los cónyuges³.

Por fin, en cuanto al régimen de responsabilidad, se prevé en la regulación actual una responsabilidad de la masa común por determinadas categorías de deudas. Con todo, lo cierto es que en este aspecto, se pone de manifiesto que la impermeabilidad entre las distintas masas no es total, lo que lleva a que se tenga que hablar en este caso de una autonomía atenuada por cuanto aun cuando, como hemos señalado, el patrimonio ganancial responde de unas determinadas deudas, por estas mismas deudas está obligado también el cónyuge que las contrajo y a veces también el no deudor. En el mismo sentido, las deudas privativas pueden ser satisfechas en último término, y hasta cierto punto (cfr. art. 1.373 C.c.), sobre bienes gananciales.

Siguiendo con la configuración del patrimonio ganancial, explica GUTIERREZ BARRENGO⁴, que sobre el mismo existe una comunidad actual, siendo cotitulares ambos cónyuges, por lo que no cabe compartir la tesis de la comunidad diferida, defendida hoy en día por cierto sector doctrinal que entiende, basándose fundamentalmente en el artículo 1.344 C.c., que únicamente las ganancias, y no los bienes gananciales, se hacen comunes.

Así, durante la vigencia de la sociedad se produce una auténtica comunicación de bienes entre ambos cónyuges la cual viene determinada por la calificación de ganancialidad y ello con independencia de cuál sea la fuente de la misma. Por tanto, la atribución del carácter ganancial a un bien, ya sea legal o voluntaria, determina automáticamente y sin necesidad de un paso intermedio su inclusión en la masa común, quedando el bien integrado en el ámbito de poder y responsabilidad que constituye el patrimonio ganancial.

Dicho patrimonio ganancial constituye, por lo tanto, un patrimonio colectivo, cuya titularidad real o material le corresponde conjuntamente a ambos cónyuges, aun cuando externa o formalmente los bienes que lo integran estén atribuidos a uno solo de ellos.

Admitida la cotitularidad, simplemente añadiremos en cuanto a la organización de la misma que persiste la tesis de la comunidad en mano común como la más de-

3. *Vid.* entre otras, SSTS de 21 de junio de 1917 (J.C., 1917, Tomo 140, núm. 129); 14 de mayo de 1929 (J.C., 1929, Tomo 189, núm. 32), 17 de noviembre de 1917 (J.C., 1917, Tomo 141, núm. 159); 8 de junio de 1926 (J.C., 1926, Tomo 171, núm. 67); 13 de noviembre de 1926 (J.C., 1926, Tomo 172, núm. 99); 1 de julio de 1927 (J.C., 1927, Tomo 176, núm. 7); 19 de octubre de 1927 (J.C., 1917, Tomo 177, núm. 101); 8 de noviembre de 1944 (J.C., 1944, Tomo 8, núm. 40).

4. GUTIERREZ BARRENGO, A., MONJE BALMASEDA, O. (coord.) *Compendio de Derecho civil, Derecho de familia, op. cit.*, pág. 194..

fendida por la doctrina⁵. Según este planteamiento, el régimen de la titularidad de cada cónyuge sobre cada bien común o sobre el conjunto patrimonial presenta en la sociedad de gananciales unas características distintas de las típicas de la comunidad ordinaria, entendiéndose que, a diferencia de lo que ocurre con aquélla, cada uno de los bienes o derechos comunes no está atribuido por cuotas –por mitad– a uno y otro cónyuge; la titularidad recae sobre la masa patrimonial. De este modo, el cónyuge cotitular no puede transmitir su parte a un tercero ni sobre cada bien o derecho, porque según esta teoría no la tiene, ni sobre el entero patrimonio porque tiene la cotitularidad en cuanto cónyuge (cualidad personalísima y, como tal, intransferible); por último, falta la *actio communi dividundo*, por lo que cada uno de los cotitulares no puede imponer a su arbitrio la división de las cosas comunes.

2. La determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las participaciones sociales

2.1. Planteamiento

Hoy en día, no se cuestiona la naturaleza patrimonial de la participación social en sociedades con fin lucrativo y, en consecuencia, su aptitud para ingresar en el patrimonio ganancial o en el privativo de cualquiera de ambos cónyuges.

De hecho, el artículo 1.352 del Código civil, ubicado entre los preceptos que determinan el carácter ganancial y privativo de los bienes conyugales, se refiere expresamente a las participaciones sociales señalando que: “Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho”.

5. La tesis de la comunidad germánica tiene numerosos seguidores entre los autores, respaldados por la D.G.R.N. (RR. de 17 de noviembre de 1917, J.C., 1917, Tomo 141, núm. 159; de 13 de septiembre de 1922, J.C., 1.922, Tomo 157, núm. 25; de 12 de mayo de 1924, J.C., 1924, Tomo 162, núm. 85; de 30 de junio de 1927, J.C., 1927, Tomo 175, núm. 202; de 12 de diciembre de 1935, J.C., 1935, Tomo 221, núm. 95; de 8 de noviembre de 1944, J.C., 1944, Tomo 8, núm. 40; de 2 de febrero de 1983, R.J.A., 1.088) y el Tribunal Supremo, (SSTS de 19 de octubre de 1968, J.C. 1968, núm. 621; de 26 de mayo de 1962, J.C. 1962, Tomo 109, núm. 487; de 4 de mayo de 1965, J.C., 1965, núm. 339; de 17 de abril de 1.967, R.J.A. 1.871; de 26 y 29 de septiembre de 1986, R.J.A., 4.790 y 4.923, respectivamente; de 13 de julio y 26 de septiembre de 1988, R.J.A., 5.992 y 6.859, respectivamente; de 12 de junio de 1990, R.J.A., 4.754; de 4 de marzo de 1994, R.J.A., 1.652; de 29 de abril de 1994, R.J.A., 2.946; STSJ de Navarra de 12 de junio de 1995, R.J.A., 5.185) que no han modificado la orientación iniciada antes de la reforma de 1981 sino que se han afianzado en sus planteamientos.

En cualquier caso, y pese a esta previsión específica, la previa titularidad no es, ni puede ser, el único criterio a tener en cuenta en relación con la determinación de la ganancialidad o privatividad de las participaciones, sino que serían de aplicación también los siguientes criterios, que expondremos en este apartado. En efecto, la norma no se ocupa de las acciones o participaciones sociales suscritas por los cónyuges mediante una aportación inicial, al entender que esta cuestión está resuelta en los artículos 1346 y 1347 del Código civil.

En los supuestos en los que, por aplicación de cualquiera de los criterios que se expondrán, la participación social sea ganancial, estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, la regla general es la cogestión. En este sentido dispone el artículo 1.375 C.c. que “en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges”. Desarrollando este principio básico, el artículo 1.377 C.c. establece que “para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges”, regla igualmente aplicable a los actos de disposición a título gratuito (art. 1.378 C.c.).

No obstante, salvo que se trate de participaciones sociales en sentido estricto, será de aplicación lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1.384 C.c. que proclama la validez de los actos de administración de bienes y de disposición de dinero o títulos valores realizados unilateralmente por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren y, por tanto, en el caso que nos ocupa, por el que aparezca frente a la sociedad ostentando la condición de socio.

2.2. El criterio del momento de la adquisición

El artículo 1.346.1 C.c. señala que son privativos los bienes y derechos que pertenecen a cada uno de los cónyuges al comenzar la sociedad. El momento determinante, por tanto, para la calificación, es el inicio de la sociedad, no del matrimonio, puesto que al amparo del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, cabe que se haya contraído bajo otro régimen y posteriormente, los cónyuges hayan estipulado el sometimiento al régimen de la sociedad de gananciales.

Por tanto, las acciones o participaciones sociales adquiridas antes de que entre en vigor el régimen de la sociedad de gananciales serán privativas del cónyuge adquirente. En relación con las adquiridas con posterioridad, la determinación del carácter ganancial o privativo no vendrá determinado únicamente por el momento de la adquisición, sino que habrá que estar al resto de los criterios que a continuación se exponen.

2.3. El criterio de la onerosidad de la adquisición

Teniendo en cuenta que el régimen económico legal es un régimen de comunidad relativa limitado a las adquisiciones que, a título oneroso, realicen los cónyuges durante su vigencia, establece el artículo 1346.2 C.c. que son privativos los bienes

y derechos que adquieran a título gratuito cualquiera de los cónyuges después de comenzar la sociedad.

En consecuencia, la adquisición gratuita de acciones y participaciones por cualquiera de los cónyuges (por donación, herencia o legado) determinará su privatividad por aplicación de las reglas expuestas.

Expone CADARSO PALAU⁶ que habrá que excluir, en cualquier caso, del ámbito del número 2 del artículo 1.346 C.c. el supuesto de adquisición de acciones procedentes de un aumento de capital con cargo a reservas por cuanto, aparte de que su regulación específica se contiene en el artículo 1.352 C.c., “el hecho de que no imponga un sacrificio económico directo para el accionista suscriptor no significa que las acciones emitidas sean verdaderas acciones “gratuitas”, que por esencia están prohibidas, sino que se trata de acciones realmente desembolsadas, siquiera el desembolso se haga con cargo a reservas de beneficios acumuladas en poder de la sociedad e integradas en el patrimonio social”.

Frente a este planteamiento, como se explicará posteriormente, entiendo que, al no referirse directamente el Código civil a este supuesto, las acciones emitidas con cargo a reservas serán privativas, sin que la sociedad de gananciales perciba cantidad alguna.

2.4. El criterio de la subrogación real

Definía ROCA SASTRE⁷ la subrogación real como aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que califica o afecta a una cosa determinada, pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquélla, cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida.

De este concepto y de otros similares extrae la doctrina los siguientes elementos como factores integrantes esenciales del concepto: en primer lugar, la sustitución o reemplazo de una cosa o elemento patrimonial por otro. En segundo lugar, la relación de causalidad o conexión lógica o ilación directa entre la cosa enajenada o perdida y la cosa que la sustituye, y por último, la permanencia inalterada de la misma situación jurídica, a pesar del cambio de cosas operado.

El fundamento de la subrogación real en sede de la sociedad de gananciales parece que hay que encontrarlo en la fungibilidad de las cosas y derechos que integran una determinada masa patrimonial. Ello posibilita, tal como pone de manifiesto RAMS ALBESA⁸, que “cuando uno de ellos salga de la masa correspondiente por negocio oneroso podrá ser reemplazado por otro bien *in natura* o por un crédito aplicable

6. CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 62 y 63.

7. ROCA SASTRE, R.M^a, “La subrogación real”, *R.D.P.*, año XXXIII, núm. 385, abril, 1949, pág. 281.

8. RAMS ALBESA, J., “La subrogación real en la sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, 1984/3, pág. 300.

posteriormente y en la medida, en ambos casos, del valor fungible del bien que salió, quedando esta nueva adquisición incorporada de nuevo a la masa de la que salió el bien de reemplazo”.

La subrogación real representa en sede de la sociedad de gananciales uno de los criterios legislativos de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes conyugales. Por lo tanto, por el juego de este principio, los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen, van a quedar adscritos a una u otra masa patrimonial en función de la naturaleza que a su vez tuvieron los bienes objeto de la contraprestación.

Como manifestación de este principio, en relación con los bienes privativos, el artículo 1.346.3º C.c. dispone que son bienes privativos de cada uno de los cónyuges “los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos”.

Por lo que se refiere a los bienes gananciales, el artículo 1.347.3º C.c. incluye a “los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los cónyuges”.

Por otro lado, el artículo 1.354 C.c., para los supuestos de adquisiciones mixtas, realizadas mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, señala que “corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

Extiende además el legislador este régimen a los supuestos de fundación de empresas y establecimientos durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges, si a la misma concurren capital privativo y común (art. 1.347.5 C.c.). Igualmente, el artículo 1.357 C.c. tras establecer el carácter privativo de los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial, añade en el párrafo segundo que “se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”.

Aplicando los criterios expuestos, en principio, la participación social tendría carácter privativo, ganancial o mixto en función de la naturaleza de la aportación dineraria o *in natura*.

A pesar de lo dicho, merece especial atención el supuesto de las acciones y participaciones sociales adquiridas al margen del derecho de suscripción preferente, por un solo cónyuge, con fondos comunes, cuando la sociedad es personalista pura o, al menos, el *intuitus personae* es trascendente para la misma. Esta especial consideración de la persona del socio determina, en este tipo de sociedades, las restricciones que, legal o voluntariamente, se establecen a la transmisibilidad de las participaciones o acciones y ha llevado a tratar de buscar soluciones a la aparente confrontación entre el carácter personal de socio que corresponde al cónyuge adquirente y el carácter ganancial de la acción o participación que derivaría de la utilización de fondos gananciales. Así, se ha barajado, por un lado, la posibilidad de hacer coincidir titularidad y atribución, considerando la acción o participación común, y también común

a ambos esposos el carácter de titular⁹. Otros, proponen desmembrar la acción o la participación en su atribución, considerando privativa la condición de socio (por ser intransmisible) y ganancial el contenido patrimonial (emolumento) de las mismas (por ser transmisible)¹⁰.

En mi opinión, es acertada la tesis¹¹ que considera que el carácter personal de la condición de socio deriva del Derecho societario que impide, en mayor o menor grado, en estos supuestos, la transmisibilidad en interés de los demás socios, que contrataron con el cónyuge teniendo en cuenta las cualidades personales de éste. Frente a ello, el carácter ganancial de la acción o participación deriva del artículo 1.347.3 del Código civil, ya mencionado. Por tanto, el carácter personal de la condición de socio y el carácter ganancial de la acción o participación se mueven en planos distintos, sin que en principio deba existir ningún choque entre ellos que nos obligue a impedirlo de alguna forma.

El primero pertenece al ámbito de la titularidad formal; el segundo al de la titularidad material¹², siendo suficiente con la armonización de ambas regulaciones, la societaria, referida al primero, y la que rige la sociedad de gananciales en el segundo. Dicha armonización no plantea problemas excesivos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ya que cada conjunto de normas se limitará a actuar en su ámbito, lo cual viene facilitado por lo dispuesto en materia de administración y disposición de bienes gananciales en el actual artículo 1.384 del Código civil al que luego me referiré.

En el momento de la partición, según explica MARTÍN MELÉNDEZ¹³, la titularidad material que hasta entonces ostentaban ambos cónyuges sobre tales acciones o participaciones sociales, ha de resolverse en una propiedad exclusiva de uno de ellos o, a

9. Vid. SSTS de 17 de abril de 1967 y de 4 de julio de 1988.

10. Vid. SERRANO GARCÍA, J.A., "Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de los Civil, de 4 de julio de 1988)"; *A.D.C.*, 1989, págs. 1.039 y 1.040.

11. Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995, págs. 306-308.

12. La distinción entre titularidad formal o externa por un lado, y titularidad real o material, por otro, cobra, tal como pone de manifiesto PEREÑA VICENTE, especial trascendencia en el tema de las participaciones sociales ya que el carácter ganancial de la acción no puede incidir en las normas que regulan la legitimación frente a la sociedad, pues el único que tendrá la condición de socio es el cónyuge que aparezca como adquirente y por tanto titular de las acciones, con independencia de que éstas puedan o no tener la condición de gananciales. Por lo tanto, concluye el autor citado, una cosa es la relación ente el cónyuge y la sociedad y otra la de los cónyuges entre sí (PEREÑA VICENTE, M., *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 82).

13. MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, op.cit., pág. 308.

lo sumo, en una copropiedad por cuotas y, en este momento, sí deberán coincidir en la misma persona la titularidad material y la formal.

En cuanto a la partición, hay que tener en cuenta que, dado el carácter ganancial de las acciones o participaciones sociales adquiridas con fondos comunes por uno de los cónyuges, deberán figurar en el inventario, teniendo en cuenta su valor real. Formarán, por tanto, parte del caudal a dividir y, por consiguiente, en principio, son susceptibles de ser incluidas en cualquiera de los dos lotes que se formen conforme al artículo 1.404 del Código civil.

Desde el punto de vista de las normas de la sociedad de gananciales, la adjudicación de una acción o participación al cónyuge no titular, no supone enajenación ni transmisión alguna, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociedad, que es ajena al carácter ganancial o privativo de la participación, se trata de un acto traslativo que supondrá incluir a un extraño como socio de la misma, lo que podría dar lugar a la puesta en marcha de las restricciones a la transmisión de participaciones y acciones de las sociedades personalistas. Por ello, será siempre aconsejable, a la hora de elaborar los lotes, contar con los posibles obstáculos que dichas restricciones pueden suponer y adjudicar las participaciones al cónyuge titular.

2.5. El criterio que atiende a la previa titularidad: el derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita.

Ya se ha señalado más arriba que el artículo 1.352 C.c. regula la naturaleza que han de tener las acciones suscritas en virtud de un derecho de suscripción preferente, estableciendo el carácter privativo de las acciones suscritas como consecuencia de la titularidad de otras privativas.

Respecto a esta previsión legislativa, señala la STS de 24 de marzo de 2003 que el artículo introduce dentro del Código civil una institución propia del Derecho Mercantil de sociedades, que por su frecuente acaecimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido esta ordenación. El derecho de suscripción preferente, añade la sentencia citada, está recogido en su amplio alcance, ya se trate de que el cónyuge titular –socio de la sociedad– suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones.

Este precepto, supone una ruptura de la regla de la subrogación real a favor del principio de accesión, ya que, en definitiva, impone la privatividad, independientemente de la naturaleza de los fondos utilizados, sin perjuicio de prever un derecho de reembolso en caso de utilización de bienes comunes para preservar el equilibrio entre

masas patrimoniales¹⁴. En cuanto a este derecho de reembolso vendría determinado, no por el valor que tuviera la acción, sino por el importe actualizado del dinero ganancial invertido, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 1358 C.c.¹⁵.

Pese a estar redactado de forma unilateral, ello no es óbice para una posible lectura inversa del mismo¹⁶, desde el punto de vista de los bienes gananciales, de manera que, en el caso de que los títulos antiguos, en virtud de los cuales se adquieren los nuevos, tengan carácter ganancial, gananciales serán también los nuevos, y ello a pesar de que se realice la adquisición a cargo del patrimonio privativo de uno de los cónyuges, en virtud de la aplicación analógica del artículo 1.347.4º del Código civil, dada la identidad de razón existente entre ambos preceptos. En tal supuesto, surgirá un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante de los fondos.

Mayores problemas plantea el derecho de reembolso establecido en el artículo 1352.2. C.c. en el caso de que las nuevas acciones sean emitidas con cargo a beneficios ya que, en realidad, no ha existido desembolso alguno por parte de la sociedad de gananciales. Pues bien, la compensación recogida en el precepto, se concretaría en el valor nominal de las acciones nuevas, actualizada en el momento de hacerse efectiva¹⁷.

Al párrafo 2º del art. 1.352 C.c. hace también referencia la STS 24 de marzo de 2003 (RAJ 2003/2.917), en un extenso razonamiento: "El párrafo final del artículo estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1º) se pague la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o el precio de la suscripción; 2º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privaticidad del cónyuge como titular de las acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del art. 1347-2 (comunidad en las cargas y accesoria en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado,

14. Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, op.cit., págs. 298-299.

15. Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, op.cit., págs. 299-300

16. BARCELÓ DOMÉNECH, J., en RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 303; PEREÑA VICENTE, M., *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales...*, op.cit., pág. 83.

17. Vid. CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, op.cit., pág. 67; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, op.cit., pág. 301.

esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que – en una especie de autorización inversora– han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada “autorización inversora”, como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta –art. 1375–; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del art. 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge “a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores” que – aparte de su defectuosa redacción– y riesgos para el consorte no actuante en esta materia, parece como si dispiera el control reseñado e inutilizara la denominada “autorización inversora”, máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico mercantil y no se anteponen las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge...”.

Finalmente, cabe destacar que el artículo 1352 del Código civil no dice nada respecto a la emisión con cargo a reservas. Éstas, según explica MARTÍN MELÉNDEZ¹⁸, proceden generalmente de beneficios obtenidos y no distribuidos a los accionistas, pero una vez incorporados a las mismas, pierden dicho carácter, para pasar a formar parte del patrimonio social. Por eso, no se puede considerar la emisión con cargo a reservas como una emisión a cargo de dividendos. Como la sociedad de gananciales, análogamente a lo que ocurre con el usufructuario de acciones, no tiene derecho a todos los beneficios que se produzcan, sino sólo “a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo” (aquí, durante la vigencia de la sociedad de gananciales) (a. 67 Ley de Sociedades Anónimas), no puede defenderse que esas nuevas acciones sean gananciales, sino que han de ser privativas del cónyuge accionista, a lo que se une la razón anteriormente apuntada sobre el mantenimiento de la posición del socio en la sociedad.

2.6. Por voluntad de los cónyuges: la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil.

Prevé el párrafo primero del artículo 1.355, la posibilidad de que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la proceden-

18. MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, op.cit., pág. 302

cia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Añade el párrafo segundo que “si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”¹⁹.

La atribución de ganancialidad prevista en el precepto que comentamos exige la existencia de un acuerdo de los cónyuges dirigido a determinar el *status* jurídico-patrimonial del bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial²⁰.

La exigencia del común acuerdo ha de ir referida únicamente a la atribución de ganancialidad y no a que ambos cónyuges hayan de concluir el negocio con el transmitente. Por lo tanto, el negocio en sí podrá ser concluido por uno solo de los cónyuges (lo cual podría ser el supuesto normal puesto que estará utilizando en la mayoría de los casos fondos privativos), pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido²¹.

Por otro lado, la declaración de voluntad a favor de la ganancialidad ha de ser en el supuesto del artículo 1.355.1º C.c. expresa, en contraposición a la atribución presunta contemplada en el párrafo segundo del mismo artículo, sin que sea necesario que los cónyuges manifiesten su voluntad de forma simultánea.

El acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.c. sólo puede llevarse a cabo con motivo de la adquisición de un bien, sin que exista ningún obstáculo para admitir su validez también en la hipótesis en que la adquisición de un bien privativo de uno de los cónyuges por su consorte siempre que el acuerdo tenga lugar en un momento anterior o coetáneo al de la adquisición y ésta sea a título oneroso.

El precio o contraprestación puede ser privativo o ganancial ya sea probadamente, ya sea de forma presunta. Cuando el precio o contraprestación tenga carácter privativo, el acuerdo de ganancialidad va a suponer una modificación de la natura-

19. Vid. GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A., *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, págs. 173 y ss.

20. POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual”, *R.C.D.I.*, núm. 640, 1997, pág. 825. Hay que tener en cuenta, tal como pone de manifiesto la autora, que los cónyuges atribuyen a los bienes la condición de “gananciales”, supuesto distinto a aquel en el que los cónyuges acuerden que el bien ingrese en la sociedad conyugal como común no ganancial, es decir, compartiendo la titularidad mediante cuotas indivisas. En este caso, como señala GAVIDIA SÁNCHEZ, estaríamos ante un contrato traslativo entre cónyuges, siempre que reuniese los requisitos de forma y capacidad exigidos en cada caso, y por lo tanto, fuera del ámbito del art. 1.355 C.c. (Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 95 y 96).

21. Vid. GUTIERREZ BARRENGOIA, A., MONJE BALMASEDA, O. (coord.) *Compendio de Derecho civil, Derecho de familia*, tomo IV, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 218 y ss.

leza que le correspondería al bien por aplicación del principio de subrogación real, de manera que dicho bien, en lugar de ingresar en la masa privativa del cónyuge aportante de los fondos, pasará a engrosar el patrimonio ganancial. En estos supuestos, por aplicación del artículo 1.358 C.c., nacerá a favor del cónyuge aportante de los fondos o contraprestación un derecho de reembolso contra la sociedad de gananciales, como mecanismo equilibrador de las masas patrimoniales que coexisten durante la vigencia de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de renunciar al mismo.

Si el precio o contraprestación es presuntivamente ganancial, el acuerdo de atribución de ganancialidad actúa como mecanismo para fijar definitivamente la ganancialidad del bien. Se ha señalado que el acuerdo carece de utilidad en aquellos supuestos en los que el carácter ganancial del precio o contraprestación aparece claramente demostrado, puesto que en estos casos se trataría de una reiteración inútil del artículo 1.347.3º del Código civil. Sin embargo, esto puede ser cierto si únicamente se concibe la atribución voluntaria de ganancialidad como mecanismo dirigido a exceptuar el juego del principio de subrogación real, pero si se considera, más acertadamente, que el mismo puede servir para derogar la aplicación de otros principios de determinación de la naturaleza privativa de los bienes conyugales, la utilidad del acuerdo radicaría en estos casos en que mediante el mismo, los cónyuges evitarían la aplicación de aquellas reglas especiales del activo que reconducen el bien, aun adquirido con fondos comunes, al patrimonio privativo de uno de los cónyuges (arts. 1.346. 4º, 7º y 8º, 1.352, 1.359 C.c.)²².

En relación con esta cuestión, según explica GUTIÉRREZ BARRENGOA²³, cabe detenerse en la importancia que algunos autores²⁴ atribuyen a la referencia que en él se contiene a los "bienes" adquiridos, con el objeto de excluir del ámbito de aplicación del mismo los supuestos de los artículos 1.348 C.c. (capitales gananciales de créditos privativos) y 1.352 C.c. (nuevas acciones suscritas como consecuencia de otras privativas).

En efecto, según explica la autora citada, el hecho de que el legislador se refiera a "bienes" no significa que haya que excluir del mismo a los frutos ya que el mismo artículo 1.347.2º del Código civil, al enumerar los "bienes gananciales", se refiere expresamente a "los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales".

A mayor abundamiento y centrándonos en el artículo 1.352 C.c., hay que tener en cuenta que, en efecto, antes de la reforma de 1981, el Tribunal Supremo había

22. SERRANO GARCÍA, J.A., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997", C.C.J.C., núm. 46, 1998, pág. 99.

23. Vid. GUTIÉRREZ BARRENGOA, A., *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 217.

24. Vid. PVEDA BERNAL, M.I., "Consideraciones en torno al llamado "negocio jurídico de aportación" a la sociedad de gananciales...", *op. cit.*, pág. 826.

seguido la postura civilista, según la cual las nuevas acciones tendrían la consideración de gananciales, bien por el hecho de que en la suscripción se invirtiera dinero ganancial, bien por la consideración del derecho de suscripción preferente y también de las reservas y la ampliación con cargo a ellas como frutos de las antiguas²⁵. Sin embargo, esta interpretación quedó superada por la tesis mercantilista, según la cual las nuevas acciones nunca son fruto sino desdoblamiento de la cuota de socio, siendo acogida tanto por el Tribunal Supremo²⁶, como por numerosos autores que se manifestaban igualmente en contra de la consideración de frutos.

No cabe, por tanto, admitir la exclusión del supuesto contemplado en el artículo 1.352 C.c. del ámbito de aplicación del artículo 1.355 C.c. Como afirma CADARSO PALAU²⁷ considera que la norma contenida en este precepto es “de perfecta aplicación a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales (...) cuyo carácter ganancial podrá ser determinado por acuerdo de los cónyuges, aunque la adquisición haya sido hecha con fondos privativos (caso éste en que queda desplazada la regla de subrogación del artículo 1.346-3º, que sería primariamente aplicable).

25. *Vid.* SSTS de 4 de junio de 1881 (J.C., Tomo XLVI, núm. 260), 9 de noviembre de 1891 (J.C., Tomo 70, núm. 92), 18 de abril de 1934 (J.C., Tomo 213, núm. 95) y 8 de noviembre de 1893 (J.C., Tomo 74, núm. 72) la cual declaraba que “las primas o sobrepuestos de la emisión de acciones eran gananciales de la sociedad conyugal, por tratarse de beneficios o ventajas gratuitas que podían estimarse comprendidas en aquellas “otras causas” de que hablaba el antiguo artículo 1.406 C.c.”.

26. Esta tesis, que fue acogida por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (arts. 39, 41 y 92), también fue asumida por el Tribunal Supremo, primero de forma moderada (Cfr. SSTS de 18 de abril de 1934 (J.C., Tomo 213, núm. 95), y 20 de diciembre de 1952 (J.C., Tomo 40, núm. 101)), hasta la Sentencia de 24 de noviembre de 1960 (R.J.A., 3.761), recogiendo los considerandos de la Sentencia de 23 de enero de 1947 (J.C., Tomo 17, núm. 25), la cual, a propósito de un caso de separación de nuda propiedad y usufructo resolvía la cuestión acerca de la pertenencia del derecho de suscripción de nuevas acciones por parte de los accionistas de una S.A., señalando que “prescindiendo de la periodicidad en la producción de los frutos, que no es esencial en la declaración de tales, según evidencia el artículo 475 en su párrafo segundo, al referirse al goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las acciones antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter, pero las acciones nuevas dependen en su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios sociales, responden a un aumento acordado en el capital de la Sociedad, que se lleva a efecto mediante desembolso de los accionistas, y por ello no cabe estimar que en este caso concreto sean considerados como frutos de las acciones primitivas (Considerando 3º).

27. *Vid.* CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones...*, *op. cit.*, págs. 68-70.

LA REPRESENTACIÓN SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA ORGANIZADA COMO SOCIEDAD ANÓNIMA

FERNANDO MANRIQUE LÓPEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de Deusto

SUMARIO

1. La negociacion colectiva en el ambito comunitario	245
2. Analisis de la directiva 2001/86/ce del consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anonima europea en lo que respecta a la implicacion de los trabajadores	249
3. Constitución de la comisión negociadora	253
4. Regimen de funcionamiento y acuerdos	254
5. Competencias.....	255
6. Examen de lo relativo a la legislacion aplicable al procedimiento de negociacion	255
7. Reserva y confidencialidad-garantias.....	256
8. Vigencia y entrada en vigor	257

Si bien es cierto que en los Estados de tradición occidental se ha respetado la idea de que los derechos fundamentales de los ciudadanos deben ser protegidos en sus relaciones con el Estado, tal principio no se encuentra como inspirador de las relaciones de libre mercado, y más concretamente en las relaciones de suministro de mano de obra.

El punto de partida de la regulación normativa de las relaciones laborales se ha caracterizado, más bien, por ser relaciones de mercado en las que el único derecho de igualdad relevante, es el derecho a entablar libremente relaciones contractuales. Tomando como base esta visión tradicional, los poderes y derechos de empleadores y trabajadores en el lugar de trabajo deberían regularse y ser establecidos principalmente en base a acuerdos transaccionales. No obstante lo anterior, esta clara diferenciación de la esfera pública de derechos, en contraposición a una esfera privada de acuerdos contractuales, hoy en día parece estar en entredicho.

El extenso elenco de estándares laborales, cristalizados bajo la forma de derechos individuales de los trabajadores, combinados con la creciente influencia de los estándares transnacionales relacionados con los derechos humanos y los derechos sociales, sugieren una perspectiva diferente respecto del lugar de trabajo. Bajo esta nueva perspectiva el trabajador lo es al tiempo que ciudadano. El trabajador tiene derecho a exigir de su empleador o de cualquier otro cuerpo de poder en el lugar de trabajo, respeto respecto de sus derechos fundamentales. Estos derechos que le corresponden como ciudadano no son simplemente los valores asociados a la libertad, la privacidad y la igualdad, sino que engloban derechos sociales y económicos, que permiten al trabajador/ciudadano participar plenamente de las ventajas de una sociedad. Esta noción ampliada de ciudadanía supone que, tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos y sociales, son mutuamente interdependientes e indivisibles. Desde este razonamiento, la inclusión social y la seguridad económica se convierten en prerrequisito para la participación efectiva en una comunidad democrática de iguales políticos.

Esta indivisibilidad de derechos explica el enfoque unitario adoptado por la UE en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que incluye derechos económicos y sociales, a los que otorga el mismo status que a los derechos políticos y civiles. Se crearán expectativas de derechos por parte de los trabajadores, ya del sector público o privado, que serán difíciles de resistir. El ciudadano trabajador exigirá respeto a sus derechos de ciudadanía, no solo por parte del Estado, sino por parte de los empleadores y otros titulares de poder privado.

Esta noción ampliada del concepto de ciudadanía, aplicable a las relaciones económicas en la sociedad, imprime una perspectiva más amplia a la regulación del trabajo. Requiere una integración de los problemas de exclusión social, igualdad de oportunidades, y el equilibrio vida/trabajo, en los debates del Derecho del Trabajo, ya que la regulación de las relaciones laborales se percibe como uno de los pasos en la consecución de una noción más rica de la noción de ciudadanía.

Sin embargo, tal y como los gobiernos habitualmente nos recuerdan, la ciudadanía, además de derechos, también comporta obligaciones. Estas obligaciones van más allá del pago de impuestos y de las contribuciones a la Seguridad Social; requieren esfuerzos razonables (y quizás más) para dotarse de las habilidades y conocimientos necesarios para obtener un trabajo, para así poder realizar unas provisiones personales adecuadas a través del ahorro y una pensión, que garanticen la seguridad económica.

Para el Derecho del Trabajo, este concepto amplio de ciudadanía supone dos avances significativos. En primer lugar justifica una mayor regulación de la relación laboral, en aras a dar cobertura a un mayor número de supuestos: iniciativas para promover mayores y mejores sistemas de consulta de los trabajadores o sus representantes; procedimientos para discutir el trato improcedente a los trabajadores—no solo en casos de despido; y la protección de la privacidad de los trabajadores en vista de la creciente tendencia a los sistemas de supervisión por parte de los empleadores. En segundo lugar, el ejercicio del poder discrecional de gestión de la empresa estará sujeto a una fiscalización creciente. Argumentándose que cada decisión deberá estar basada y acompañada de una fundamentación racional y transparente, en caso de poder tener consecuencias negativas sobre los derechos de individuos o grupos.

A este marco debe añadirse y aparecer resaltada la idea de que la eficiencia productiva o competitividad de las empresas va a pasar a depender crucialmente, de cómo, y en que grado, la Dirección logre una cooperación productiva de sus empleados. En atención a producir productos de la máxima calidad, con unos costes mínimos, los empresarios van a verse obligados a lograr una cooperación de sus empleados que trasciende el modelo de obediencia debida a las ordenes dadas. Una necesidad va a consistir en acceder a los conocimientos y habilidades propias de los empleados, en atención a descubrir posibles mejoras en la eficiencia de la producción y en la calidad del producto. Una segunda necesidad supondrá asumir el reto de lograr que los trabajadores asuman y acepten principios de flexibilidad, particularmente de flexibilidad funcional, esto es la posibilidad de realizar un abanico creciente de tareas a petición del empleador (los empleados podrán temer un incremento de las exigencias del empleador derivado de la adopción de principios de flexibilidad funcional, oponiéndose al aprendizaje de las habilidades necesarias para la misma).

La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas exige el análisis de los diferentes tratamientos que la cuestión de la negociación colectiva y el Diálogo Social han tenido en el ámbito europeo. En este sentido se pueden distinguir los siguientes períodos:

– Primer estadio de la construcción europea: El tratado de la Comunidad Económica no reconocía, en modo alguno, ningún tipo de instrumento normativo de Política Social surgido de la negociación colectiva a nivel comunitario.

El artículo 118 del Tratado de Roma aludía simplemente a la trascendencia del Diálogo Social con la misión de promover una estrecha colaboración entre los estados miembros en punto al Derecho sindical y a la negociación colectiva.

– En la segunda etapa se crearon Comités consultivos y Grupos de trabajo para la hostelería, seguros y banca, constituyendo estos las estructuras más antiguas del Diálogo Social. Era la Comisión quien determinaba las organizaciones que representaban, a nivel europeo, a las Confederaciones nacionales de los sectores.

Estos Comités consultivos y los Grupos de trabajo produjeron cerca de un centenar de Dictámenes y Declaraciones sobre empleo, condiciones de trabajo, salud y seguridad, aunque no hubo nada similar a un Convenio colectivo en esta etapa. Fue una etapa de mera consulta en ámbitos de actuación muy específicos.

Se crearon Comités consultivos interprofesionales, no obstante, para los siguientes campos de acción:

- del Fondo Social Europeo
- de Seguridad Social.
- de Libre circulación
- de Formación profesional.
- de Higiene
- de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

No obstante, hasta la década de los 70 no se creó el Comité permanente de empleo que tenía como misión asegurar el diálogo la integración y la consulta entre el Consejo, la Comisión y los Interlocutores sociales. Este Comité acaba de ser reformado en 1999, a partir de cuyo momento su función será la de garantizar, de manera permanente, el diálogo, la concertación y la consulta, con el objetivo de coordinar las Políticas de Empleo de los estados miembros, buscando su armonización con los objetivos comunitarios.

Cabe mencionar también la constitución del Centro Europeo de Relaciones Laborales, que se inauguró en 1995 con el fin de lograr la formación de responsables y representantes patronales y sindicales.

A parte de lo expuesto no existe otra Concertación social institucionalizada.

Frente a ello y dentro de la llamada Concertación social no institucionalizada cabe destacar lo siguiente:

A. Las Conferencias tripartitas.

El primer programa de acción social se desarrolló a través de una serie de Directivas, tales como las siguientes:

- Derecho de los trabajadores en caso de insolvencia.
- Regulación de las situaciones laborales en caso de despidos colectivos.

No obstante no hubo, en ningún caso, capacidad para superar las marcas diferencia en la estructura y contenido de los sistemas nacionales de representación de los trabajadores.

- B.** Se puede hablar también, en este mismo contexto de concertación no institucionalizada, del Programa de acción social comunitario, que fijaba, como uno de sus objetivos, el Diálogo Social europeo, favoreciendo el desarrollo de las relaciones paritarias a nivel de la Comunidad. Puede decirse que, desde la primera reunión llevada a cabo dentro de este programa, se ha creado un clima más abierto de intercambio y debate formándose dos grupos de trabajo.
- El primero para las nuevas tecnologías.
 - El segundo para la organización y adaptación del trabajo.

Estos dos grupos han sido sustituidos por el Comité de Diálogo Social, llegando a compromisos en un limitado abanico de materias, ofreciendo simplemente orientaciones comunes sobre problemas concretos.

Por lo demás, el Acta Unica Europea introdujo el Diálogo Social como parte explícita del Tratado, al decir que la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si estas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basada en acuerdos.

Este precepto no puede ser considerado como la admisión, a nivel europeo, de una verdadera contratación colectiva, ni base de la construcción de un sistema europeo de relaciones industriales. El citado artículo 118 es una declaración política, simplemente.

- C.** El primer acuerdo importante en este tema lo constituye un texto conjunto, estableciendo las reglas básicas para la consulta de los interlocutores sociales por parte de la Comisión, cuando esta tuviese la intención de presentar una iniciativa legislativa sobre una materia de Política Social.

En ese sentido, se establecía en el Acuerdo que **cuando el Consejo fuera requerido de mutuo acuerdo por los representantes de los trabajadores y de la patronal, respectivamente, para tomar una decisión debería hacerlo tal y como hubieran concluido ellos.** Estas últimas palabras **“tal y como hubiera concluido ellos”** fueron suprimidas, dejando a la Comisión libertad para modificar el acuerdo a su voluntad. Hay que destacar, no obstante, que la Comisión en los tres casos de Acuerdo Marco adoptados por los interlocutores sociales, que se han convertido en Directivas del Consejo, ha respetado el tenor literal de los Acuerdos, tal y como fueron concluidos por los interlocutores sociales.

Así pues, cualquier negociación colectiva se ve en todo caso sometida a la tutela por parte de la Comisión, evitándose, entre otras cosas, que las negociaciones puedan dilatarse indefinidamente, al existir un plazo máximo de 9 meses.

Puede concluirse, por ello, en que el Diálogo Social tiene lugar durante el procedimiento de consulta a los interlocutores sociales, que la Comisión está obligada a realizar sobre las propuestas en el ámbito de la Política Social. Después de la consulta inicial, la Comisión decide si ejercita su derecho de iniciativa legislativa o no lo hace. En el supuesto de que decida iniciar el procedimiento legislativo con una propuesta, la Comisión debe consultar a los interlocutores sociales, de nuevo, sobre el contenido expreso de la propuesta.

1. La negociación colectiva en el ámbito comunitario

Con ocasión de dicha consulta los interlocutores podrán informar a la Comisión de su intención de iniciar una negociación colectiva sobre la materia.

Tímidamente se ha señalado por algún autor que este precepto (artículo 138), constituye un reconocimiento explícito de la negociación colectiva a nivel comunitario, más puede decirse que es muy precipitado hablar de convenios colectivos europeos, ya que el Tratado no admite esa denominación y se refiere únicamente al concepto de Acuerdos. En realidad estos Acuerdos sólo proporcionan orientaciones para el futuro, y, sin ser vinculantes, expresan simplemente la voluntad de las partes contratantes de ejercer su influencia ante sus miembros o representados para hacer respetar sus cláusulas.

1.1. Características de esta negociación

- No puede iniciarse sin el consentimiento expreso de ambos interlocutores sociales.
- Ninguna parte está obligada a llegar a un acuerdo.
- Cualquier prórroga del período por más de 9 meses sólo será posible con el acuerdo de la Comisión.

Puede concluirse, por lo tanto, en que el Tratado no reconoce un derecho a la negociación colectiva sino la mera constatación de la autonomía de los interlocutores sociales. Los autores más autorizados coinciden mayoritariamente en que cualquier intento de regulación incisiva o cualquier ensayo de ingeniería social nacerá condenada al fracaso (Pérez de los Cobos, Miguel Colina, etc).

1.2. Contenido

Las materias para las que es válida de la decisión mayoritaria son:

- Seguridad e Higiene.

- Condiciones de trabajo.
- Información y consulta de los trabajadores.
- Igualdad de oportunidades.
- Integración de personas excluidas del marco laboral.

Las materias para con las cuales el Consejo habrá de decidir por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento y al Comité Económico social son:

- Seguridad Social
- Protección en caso de despido.
- Representación colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios.
- Condiciones de empleo de los nacionales de terceros países.
- Contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo.

Quedan excluidas de la regulación comunitarias las siguientes:

- Las remuneraciones.
- El derecho de asociación.
- Sindicación.
- Derecho de Huelga.
- Cierre patronal.

Parece claro que no existe en consecuencia posibilidad de llevar a cabo negociación colectiva alguna en dicho ámbito sobre aquellas materias en las que el acuerdo de política social prohíbe cualquier acción normativa de los órganos de la Comunidad. Esas materias por tanto quedan reservadas a la negociación colectiva nacional.

Debe señalarse además que, en todo caso, la regla comunitaria debe prevalecer sobre la del Convenio Colectivo, pues el órgano judicial no puede aplicar la regla convencional contraria a la disposición comunitaria. Inaplicación de la norma nacional disconforme, que asegura la prevalencia de la norma comunitaria.

A ello debe añadirse, en cuanto a la eficacia jurídica de los acuerdos colectivos comunitarios, que los mismos no implicarán que los Estados miembros estén obligados a aplicar, de forma directa, dichos acuerdos, o a elaborar normas de transposición de los mismos y modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución.

Es decir, en el caso de Acuerdos Marco Europeos, que no se conviertan en legislación comunitaria, vía decisión del Consejo, no existe obligación por parte de los Estados miembros de asegurar su aplicación en el ámbito nacional.

El Convenio colectivo comunitario tendrá el carácter de Convenio marco recordatorio, sin eficacia jurídica alguna, dependiendo su aplicación de la inclusión de su contenido en la negociación colectiva nacional de cada Estado miembro, de acuerdo con su respectiva legislación reguladora.

Se trata por ello de un pacto entre caballeros. En ningún caso podrán establecerse directamente derechos y obligaciones para los trabajadores y empresarios.

Solamente cuando el Consejo asuma el Convenio, transformándolo en resolución propia, tendrán aquellos eficacia jurídica directa “erga omnes” en los ordenamientos internos de los Estados miembros, que deberán, en su caso, modificar la legislación que se oponga a su aplicación, debiendo las partes sociales respetar lo acordado a nivel comunitario.

1.3. Representatividad

Es esta una cuestión de una especial transcendencia pues el legislador comunitario se refiere en reiteradas ocasiones a los interlocutores sociales sin definirlos, con lo que otro importante problema que plantea el Diálogo de dimensión europea es la de la representatividad; es decir la definición de los interlocutores sociales válidos en este ámbito.

En su empeño de no troquelar la autonomía colectiva que reconoce, el legislador comunitario se refiere en reiteradas ocasiones a los interlocutores sociales europeos sin jamás definirlos, como hemos dicho.

Este silencio legal puede interpretarse como un reconocimiento implícito de los sujetos que hasta la fecha han sido protagonistas de Diálogo Social y que, en principio, debieran serlo de la negociación colectiva europea.

Las organizaciones con status reconocido de “interlocutores sociales” a nivel europeo, son, hasta la fecha, aquellas convocadas por la Comisión a la mesa de Val Duchesse, a saber: en lo referente a las organizaciones de empresarios del sector privado: UNICE (Unión de Industrias de la Comunidad Europea); respecto a las organizaciones de empresarios del sector público: CEEP (Central Europea de la Economía Pública); en el lado de las organizaciones de representación de los trabajadores: CES (Confederación Europea de Sindicatos). Dicho reconocimiento implícito es, sin embargo, ampliamente problemático, pues al carecer de base jurídica va a permitir a otras Organizaciones sindicales europeas y patronales solicitar que se las acepte como interlocutores del nuevo Diálogo social, como es el caso de la CESI (Confederación Europea de Sindicatos Independientes) y el paradigmático caso de la UE-APME (Unión de Pequeñas y Medianas Empresas y del Artesanado), que ha llegado hasta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Después del Tratado de Amsterdam, que impone a la Comisión el deber de consultar a las organizaciones de interlocutores sociales, previamente a cualquier acción comunitaria en el ámbito de la Política Social de los 15 Estados miembros, la necesidad de una mayor precisión en la delimitación del grado de representatividad que se debe exigir a las organizaciones europeas de representación colectiva de

intereses de trabajadores y empresarios, denominadas “interlocutores sociales”, ha aumentado.

El problema que se plantea aquí, es que las instituciones comunitarias competentes en este tema, la Comisión Europea y el Consejo de la Unión (no se debe olvidar que el Parlamento ha sido, criticablemente, excluido del proceso establecido en el art. 139 TCE), se han inhibido de regular la negociación colectiva comunitaria de forma detallada, probablemente desde la convicción de que la regulación de dichos temas corresponde más a los propios interlocutores sociales concernidos, que a las instituciones europeas. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en esta línea, se ha pronunciado haciendo suyas las tesis no intervencionistas de las dos instituciones antes mencionadas, al abordar este complejo tema de la representatividad.

Así el Tribunal de primera instancia en su sentencia de 17 de junio de 1998 examinó el tema de la representatividad y el derecho de los interlocutores sociales a participar en la negociación de acuerdos europeos. La asociación demandante, “Unión européenne de l’artisanat et des petites et moyennes entreprises” (UEAPME), consideró violado su derecho de negociación de acuerdos colectivos europeos y planteó un recurso de anulación de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996.

Pues bien frente a tal pretensión puede decirse que el Tribunal sigue así lo ya manifestado por la Comisión respecto a este tema y en este sentido ha señalado que: “La Consulta a los interlocutores sociales no implica su participación en negociaciones”.

La sentencia alude, además, al sistema de control público de esa representatividad, al decir: “Hay que insistir en la importancia que tiene la obligación de la Comisión y del Consejo de comprobar la representatividad de los interlocutores sociales firmantes de un Acuerdo celebrado en virtud del apartado 4 del art. 3, y del art. 4 del acuerdo cuya aplicación, a escala comunitaria, se solicita al Consejo”.

A este respecto debe señalarse que la Comisión, en la Comunicación relativa a la aplicación del Protocolo sobre la Política Social, estableció, en diciembre de 1993, tres criterios de representatividad de las Organizaciones de interlocutores sociales a escala europea; estar compuestas por organizaciones; que a su vez sean reconocidas como interlocutores sociales en los Estados miembros; y, por último, disponer de estructuras adecuadas que le permitan participar eficazmente en el proceso de consulta.

El Parlamento Europeo ha sugerido una modificación de los criterios por los que se determinan las organizaciones que deben ser oficialmente consultadas en aplicación de los arts. 136 a 139 TCE, proponiendo la inclusión de los elementos suplementarios, según los cuales dichas organizaciones deberán: estar formadas por organizaciones de representación de los empresarios y de los trabajadores en las que la afiliación sea libre tanto a nivel nacional como europeo; haber recibido de sus afiliados el mandato de representarlos en el marco del Diálogo Social comunitario; y estar en condiciones de probar su representatividad.

Ciertamente puede concluirse en este punto con que falta mucho tiempo para que podamos hablar de una verdadera negociación colectiva europea, capaz de crear

Convenios Colectivos europeos en sentido estricto, con una eficacia jurídica uniforme en todos los Estados miembros de la Unión.

2. Analisis de la directiva 2001/86/ce del consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anonima europea en lo que respecta a la implicacion de los trabajadores

Tal y como ha resaltado la doctrina más autorizada en primer lugar, habría que referirse a las empresas de grandes dimensiones con centros de trabajo establecidos en varios Estados miembros, que tienden a una cierta información de las decisiones de reestructuración empresarial.

Se trata del proceso negocial mas generalizado a estas alturas, en la medida en que existe una normativa comunitaria de fuerte impulso a la misma, particularmente aquella que prevé la constitución del Comité de Empresa europeo, o bien de un procedimiento de información y consulta a ese nivel europeo empresarial.

Desde una perspectiva estrictamente formal, se trata, como es bien sabido, de una disposición que se limita a situar la interlocución empresario-sindical en el ámbito estricto de la información y de la consulta, con voluntaria exclusión de la negociación colectiva, aunque no prohibición, siendo una fórmula fuertemente deudora del modelo germánico de estricta separación entre lo consultivo y lo negocial.

Sin embargo, esa separación resulta menos comprensible en modelos donde no hay tal rigidez de fronteras como el nuestro.

Pero, sobre todo, se trata de una fórmula, la de la Directiva, que encierra en sí misma una enorme paradoja: sólo pretende incorporar en las empresas de dimensión europea procesos de información y consulta en el sentido clásico del término, pero para su puesta en marcha diseña un mecanismo de negociación entre las partes a los efectos de configurar esos canales de interlocución puramente consultiva. De ese modo que se produce una manifiesta paradoja, cual es la de situarse en un terreno diverso del negocial, pero comenzando por un experiencia estrictamente negocial, en términos tales que puede, y de hecho lo está haciendo, abrir una puerta de negociación, que después no sea posible cerrarla, pues las partes han creado, de facto, el canal negocial y, por ende, en la práctica una nueva unidad de negociación colectiva, por embrionaria y débil que sea ésta.

A mayor abundamiento, uno de los medios naturales de desenvolvimiento de esta consulta afecta a los procesos de reestructuración, particularmente procesos de concentración empresarial o bien de despidos colectivos, por los que otras Directivas prevén, en paralelo, otros tantos procesos de consultas, que lo pueden ser "con vistas a alcanzar un acuerdo".

Si bien en estas otras Directivas, el nivel de desarrollo de la consulta es diverso, pues están concebidas para desplegarse a nivel de centro de trabajo, cuando la

reestructuración tiene un alcance de conjunto para toda la empresa de dimensión comunitaria, no es descartable –y así sucede en algunos casos– que esa consulta-negociación se verifique en paralelo en el nivel superior europeo, con lo cual tendremos otro caldo de cultivo natural para el florecimiento de un nuevo escenario de la negociación colectiva.

Dicha doctrina añade que frente a ello, sin embargo, aparecen otros datos que contrarrestan los impulsos a la elevación de nivel y presionan en favor del mantenimiento del nivel nacional. Por ejemplo, como elemento de contraste, ha de tenerse presente que las Asociaciones Sindicales se mantienen actualmente como organizaciones de corte netamente nacional, con prevalente preocupación por la defensa de los empleos y de las condiciones de los asalariados de su país respectivo. En definitiva adoptando posiciones de preponderante “patriotismo” laboral; asimismo, la previvencia de sistemas nacionales de las relaciones laborales, regidos por fuertes singularidades, desde el punto de vista legislativo; o bien, la estructuración de tales empresas de dimensión comunitaria en forma de segregación en unidades menores, no tanto en relación con actividades o productos, cuanto por razón del territorio nacional en la que se ubican sus diferentes dependencias, son otros factores que frenan la consolidación del nivel europeo de negociación colectiva.

Las cuestiones sentadas por la Directiva pueden resumirse así en las siguientes:

La gran diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las Sociedades Anónimas Europeas.

En todos los casos de constitución de Sociedad Anónima Europea deberán asegurarse los procedimientos de información y consulta a escala transnacional.

Cuando en una o más de las sociedades participantes en una Sociedad Anónima Europea existan derechos de participación, dichos derechos deben preservarse mediante su transferencia a la Sociedad Anónima Europea, una vez creada ésta, salvo que las partes no decidan lo contrario.

Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional así como, en su caso, de participación de los trabajadores, aplicables a cada Sociedad Anónima Europea, deberán definirse principalmente en un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de éste, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias.

Los Estados miembros deben poder decidir no aplicar las disposiciones de referencia relativas a la participación en caso de fusión, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales de implicación de los trabajadores. La conservación de los sistemas y las prácticas de participación existentes, en su caso, a nivel de las sociedades participantes debe, en dicho caso, garantizarse mediante una adaptación de las normas de registro.

En ausencia de un acuerdo en la negociación entre los representantes de los trabajadores y los órganos competentes de las sociedades participantes, deben dispo-

nerse determinados requisitos estándar aplicables a las Sociedad Anónima Europea desde su constitución.

Dichos requisitos estándar deberán garantizar la práctica eficaz de información y consulta transnacional a los trabajadores, así como su participación en los órganos correspondientes de la Sociedad Anónima Europea, cuando dicha participación exista antes de su constitución en las empresas participantes.

Debe preverse que los representantes de los trabajadores, que actúen en el marco de la Directiva, disfruten, en el ejercicio de sus funciones de la misma protección y garantías que las previstas para los representantes de los trabajadores con arreglo a la legislación o la práctica del país en que trabajen. No deben estar sujetos a discriminación alguna como resultado del ejercicio legal de sus actividades, y deben tener una protección adecuada contra el despido y otras sanciones.

Debe garantizarse además que se preserve el carácter confidencial de las informaciones sensibles, incluso después de la expiración del mandato de los representantes de los trabajadores. Por ello debe contemplarse una disposición que permita al órgano competente de la Sociedad Anónima Europea no divulgar aquella información que pudiera dañar gravemente el funcionamiento de la Sociedad Anónima Europea en caso de hacerse pública.

Cuando una Sociedad Anónima Europea y sus filiales y establecimientos se hallen sujetos a la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, las disposiciones de la Directiva, así como las disposiciones que la incorporen a la legislación nacional no deben aplicárseles, así como tampoco a sus filiales y establecimientos, salvo que la Comisión negociadora decida no iniciar negociaciones, o poner fin a las negociaciones ya iniciadas.

La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las Sociedad Anónima Europea representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la Sociedad Anónima Europea (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una Sociedad Anónima Europea, sino también para las modificaciones estructurales de una Sociedad Europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate.

La Directiva regula la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas y viene a dar las definiciones expresas de los conceptos que a continuación reseñamos, de modo que se entenderá por:

Sociedad Anónima Europea, toda sociedad constituida con arreglo al Reglamento.

Sociedades participantes, toda sociedad que participe directamente en la constitución de una Sociedad Anónima Europea.

Filial, de una sociedad, una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante, definida con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 7 del artículo 3 de la Directiva 94/45/CE

Filial o establecimiento afectado a una filial o establecimiento de una sociedad participante, que, según el proyecto, vaya a pasar a ser filial o establecimiento de la Sociedad Anónima Europea en el momento de su constitución.

Representantes de los trabajadores a los representantes de los trabajadores previstos en las legislaciones o en las prácticas nacionales.

Órgano de representación al órgano de representación de los trabajadores constituido mediante los acuerdos contemplados en la Directiva, y, más, concretamente, en el artículo 4 de la misma o con arreglo a lo dispuesto en el anexo, para llevar a cabo la información y consulta de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea y de sus filiales y establecimientos situados en la Comunidad y, en su caso, para ejercer los derechos de participación relativos a la Sociedad Anónima Europea:

Comisión negociadora al grupo constituido, con arreglo al artículo 3 de la Directiva, a fin de negociar con el órgano competente de las sociedades participantes el establecimiento de las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.

Implicación de los trabajadores a la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa.

Información a la transmisión, por el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia Sociedad Anónima Europea, y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado miembro, o que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea.

Consulta a la apertura de un diálogo y al intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la Sociedad Anónima Europea.

Participación a la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante:

– El derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o

- El derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad.

3. Constitución de la comisión negociadora

Cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedad participantes, establezcan el proyecto de constitución de una Sociedad Anónima Europea, iniciarán lo antes posible, las gestiones necesarias, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.

A tal fin, se constituirá una Comisión negociadora con arreglo a los criterios siguientes:

Al elegir o designar los miembros de la Comisión negociadora, se deberá garantizar:

- que sus miembros sean elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros;

Que en el caso de las Sociedades Anónimas Europeas constituidas mediante fusión, se incorporen otros miembros adicionales en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la Comisión negociadora incluya al menos un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean trabajadores en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto, a dejar de existir, como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la Sociedad Anónima Europea siempre que:

- El número de estos miembros adicionales no sea superior al 20% del número de miembros designados.
- La composición de la Comisión negociadora no dé lugar a un doble representación de los trabajadores en cuestión.

Tras ello deberá tenerse en cuenta que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para lograr que, en la medida de lo posible, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes.

Asimismo los Estados miembros podrán prever que entre dichos miembros figuren representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado.

Igualmente los Estados miembros deberán prever que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores

por motivos ajenos a su voluntad, tengan derecho a elegir o designar a miembros de la Comisión negociadora.

4. Regimen de funcionamiento y acuerdos

Corresponderá a la Comisión negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.

A tal fin, el órgano competente de las sociedades participantes informará a la Comisión negociadora del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la Sociedad Anónima Europea, hasta la inscripción de la misma.

La Comisión negociadora decidirá, por mayoría absoluta de sus miembros, siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de los trabajadores. Cada miembro dispondrá de un voto. No obstante, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será de los dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros.

Igualmente se estará a este criterio:

- en el caso de una Sociedad Anónima Europea constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25% del número total de trabajadores de las sociedades participantes, o
- en el caso de una Sociedad Anónima Europea constituida mediante la creación de una sociedad holding o de una filial, si la participación afecta al menos al 50% del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

Para las negociaciones, la Comisión negociadora podrá solicitar estar asistida por expertos de su elección.

La Comisión negociadora podrá decidir, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad Anónima Europea tenga trabajadores.

La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de los dos tercios de los miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros.

Los gastos de funcionamiento de la Comisión negociadora y, en general, de las negociaciones correrán a cargo de las sociedades participantes, de manera que la Comisión negociadora pueda cumplir su misión adecuadamente.

Los órganos competentes de las sociedades participantes y la Comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.

5. Competencias

La comisión negociadora establecerá:

- El ámbito de aplicación del acuerdo
- La composición, el número de miembros y la distribución de puestos.
- Las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta el Órgano de representación.
- La frecuencia de las reuniones del Órgano de representación.
- Los recursos financieros y materiales que se asignarán al Órgano de representación:
- Las normas de participación
- La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación.

Las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la Comisión negociadora y podrán proseguir durante los seis meses siguientes.

Las partes podrán decidir, de común acuerdo, prolongar las negociaciones, hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la Comisión negociadora.

6. Examen de lo relativo a la legislación aplicable al procedimiento de negociación

Se estará en primer lugar a la del Estado miembro en que la Sociedad Anónima Europea vaya a tener su sede registrada.

Las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que vaya a situarse la sede social de la Sociedad Anónima Europea se aplicarán a partir de la fecha de inscripción de la Sociedad Anónima Europea:

- a) cuando las partes así lo decidan
- b) cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido por la Directiva.

Además, las disposiciones de referencia establecidas por la legislación nacional del Estado miembro de registro con arreglo a la Parte 3 del anexo sólo se aplicarán:

- a) en el caso de una Sociedad Anónima Europea constituida por transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores

- en el órgano de administración o de control se aplicaban a una sociedad transformada en Sociedad Anónima Europea;
- b) en el caso de una Sociedad Anónima Europea constituida por fusión respecto de la cual se deberá tener en cuenta lo siguiente:
- Si, antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea, se aplicaban una o más formas de participación, en una o más de las sociedades participantes, que afectasen al menos a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes; o
 - Si, antes del registro de la Sociedad Anónima Europea, se aplicaban una o más formas de participación, en una o más de las sociedades participantes, que afectasen a menos de un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la Comisión negociadora así lo decide;
- c) En el caso de una Sociedad Anónima Europea constituida mediante la creación de una sociedad holding o de una filial respecto de la cual deberá estarse a lo que a continuación se expone:
- Si, antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea, se aplicaban una o más formas de participación, en una o más de las sociedades participantes, que afectasen a menos del 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes o
 - Si, antes de la inscripción de la Sociedad Anónima Europea, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos del 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la Comisión negociadora así lo decide;

7. Reserva y confidencialidad-garantías

- a) Los miembros de la Comisión negociadora, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial.

Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato.

- b) Cada Estado miembro preverá que, en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, el órgano de control o de administración de la Sociedad Anónima Europea o de una sociedad participante establecida en su territorio no estará obligado a comunicar información que, por su naturaleza, pudiera ser confidencial, según criterios objetivos.

Los Estados miembros podrán supeditar esta dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial.

Por lo demás, el órgano competente de la Sociedad Anónima Europea y el órgano de representación trabajarán con espíritu de cooperación, respetando sus derechos y obligaciones recíprocos.

En todo caso los miembros de la comisión negociadora, gozarán, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o en la práctica nacional vigente.

8. Vigencia y entrada en vigor

Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 8 de octubre de 2004.

Cabe concluir tras esta exposición en que al margen de lo que hemos recogido como norma comunitaria a la postre, se nos presenta un modelo en el que se busca la idea de “asociación”. Asociación que implica una expansión del campo de la representación de los trabajadores, que trasciende la tradicional negociación salarial, para pasar a incluir y considerar la propia organización del trabajo, y cómo mejor lograr los objetivos empresariales. La Asociación supone igualmente un interés común entre empleadores y trabajadores en lograr un trato justo respecto de los trabajadores, mejorando su empleabilidad, así como la productividad empresarial.

La representación sindical, se desvincula así de la idea de UNICA forma de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo. El eslogan de Asociación se presenta como no necesariamente unido al de representación sindical, si bien es difícil predecir el grado de estabilidad y efectividad que lograrán alcanzar estas estructuras de representación, sin la experiencia de que disponen las organizaciones sindicales, y la presión a que aquellas serán sometidas por dichas organizaciones sindicales, por no reconocer ni encontrar éstas últimas, dichas estructuras como medios validos y efectivos para la negociación colectiva.

Si bien es cierto, que bajo estas formulas de participación de los trabajadores, es dudoso que se lleguen a tratar temas salariales, es más que probable que sirvan para tratar una gran parte del resto de las condiciones laborales de los empleados, tales como salud y seguridad en el trabajo, calidad empresarial, formación, condiciones de incorporación a la plantilla, y política de igualdad de trato y no discriminación

La ley puede promover la participación de los trabajadores bajo esta formula, requiriendo a los empresarios la promoción de comités consultivos, tal y como es el caso de la Directiva 94/45 (Constitución de un Comité de Empresa Europeo “European Works Council”, o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria) y los Reglamentos 1999, 1999 SI 3323 (Información y Consulta Transnacional de Empleados), y 1996, 1996 SI 1513 (Comités de Seguridad y Salud – Consulta de Seguridad y Salud con los Empleados). El legislador comunitario, busca así, lograr el objetivo de que a través de estos Comités, los trabajadores sean informados en el seno de sus empresas, dotándoles además de un foro nuevo en el que expresar y hacer llegar al empresario sus opiniones, que es una forma de hacerles partícipes de una cuota de poder en las mismas, al tiempo que integren también a los representantes sindicales y así se aproveche la experiencia de estos grupos. El objetivo es, sin duda, extender

la presencia de estos Comités Consultivos, en la medida en que la Dirección de las empresas los vea como adecuados articuladores de mecanismos eficaces a la hora de compartir información, y así motivar a los empleados y afrontar conjuntamente los problemas de la empresa.

Es probable que futuras presiones y directrices que puedan dimanar de la ley en este campo, tengan su origen en el ámbito de la Comunidad Europea, ya que es un hecho aceptado en numerosos países de este ámbito, que es posible construir un sistema dual y complementario de representación de los trabajadores, donde la negociación colectiva sea empleada respecto de la negociación salario-trabajo, y los Comités Consultivos utilizados como medio para tratar temas de ámbito más diverso y amplio, como planes empresariales a largo plazo. Este planteamiento dual a nivel comunitario, tal y como avanzábamos al comienzo de este estudio, impregna ya de forma significativa la normativa europea, y así lo podemos encontrar, entre otros, en los artículos 27 y 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000.

A todo lo anterior, cabe añadir, que en las manifestaciones políticas de la Comunidad Europea existe una constante repetición de una visión pluralista que promueve el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados sobre la gestión de las empresas. Visión pluralista, que tiene su versión más dramática en la técnica legislativa, en el sistema de recomendaciones y acuerdos de los representantes de los empresarios y trabajadores en el Dialogo Social Europeo (Artículo 139 del Tratado de la Unión Europea). Más recientemente, en Junio de 2001, el Consejo de Ministros acordó una Directiva que requería a los grandes grupos empresariales, y dentro de un espacio temporal, extender los derechos de información y consulta de los trabajadores.

Parece poder afirmarse, aunque la incógnita debe aun despejarse, que lo que subyace tras esta nueva línea o directriz de actuación a nivel social, promovida desde las instituciones comunitarias, es buscar que sean las propias fuerzas de mercado que empujan a los empresarios a buscar mayores grados de flexibilidad y eficiencia, y que obligan a los propios empresarios a obtener un mayor grado de cooperación de sus empleados, las que creen nuevas oportunidades para los trabajadores, quizás de la mano del Derecho, quizás de la mano de nuevas formulas de representación social, para tener una voz y presencia creciente en las empresas respecto de decisiones que afecten su vida laboral y personal.

Así podemos ver cómo, no obstante, y a pesar de ser acuerdos sobre medidas que en principio tendrán carácter no vinculante, estas responden a unas directrices institucionales emanadas de los órganos comunitarios, que buscan acometer paulatinamente una serie de transformaciones que trasciendan el orden empresarial, alcanzando plenamente el orden social, y la forma de ordenar el trabajo y la vida de la ciudadanía.

Como puede verse, y así se desprende del presente estudio en su parte final, estamos en presencia de meras intenciones de buena voluntad, en línea con lo que representa un horizonte ideal de las relaciones laborales, que no tiene reflejo directo alguno en una legislación vinculante.

LA NOTA *INTUITU PERSONAE* EN LA *SOCIETAS ROMANA*

ANA MOHINO MANRIQUE

Profesora de Derecho Romano

Facultad de Derecho - ICADE

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

El Derecho Romano clásico ofrece al jurista actual un sistema jurídico empírico y deductivo ya que se trata de un derecho de elaboración jurisprudencial. Frente al derecho actual que constituye un derecho legislado, la gran aportación del derecho romano fue la capacidad de adaptarse y evolucionar conforme las necesidades sociales lo hicieron necesario, ofreciendo soluciones prácticas a casos reales y singulares planteados a los juristas¹.

Esta evolución de las instituciones jurídicas puede observarse en el contrato de sociedad. Así, aún cuando el origen último de este contrato se encuentra en antiguas instituciones del derecho de familia y de sucesiones, su mayor auge coincide con la expansión comercial de Roma. El contrato de sociedad junto a la compraventa, el arrendamiento o el mandato se introduce en el derecho romano tomando como modelo los acuerdos privados procedentes del *ius gentium*.

El comercio romano que en la primitiva economía agraria tendría un carácter eminentemente local alcanzó en el s.IV a.C un importante desarrollo. Tras la guerra con Cartago, Roma empieza a sentir un interés cada vez mayor por la navegación y el comercio marítimo². Este interés tiene una clara demostración, en el plano institucional, con la creación en el 242 a.C. de una nueva magistratura, el pretor peregrino, encargado de dirimir las controversias entre ciudadanos romanos y extranjeros o de éstos entre sí³. El comercio se desarrolló no sólo entre las diversas regiones de

1. En este sentido Federico Fernández de Buján considera que el sistema jurídico romano responde al modelo prudencial. "En éste, la lógica argumentativa de las respuestas de los prudentes llega a ofrecer una solución al caso planteado, no desde silogismos deductivos –como en el modelo actual– sino desde silogismos dialécticos. La respuesta del jurisconsulto es, pues, sólo una opinión probable, que gana en índice de probabilidad en relación directa con el grado de *autoritas* que posea el jurista que la formula". *Vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema Contractual Romano*, Madrid 2007, 3ªed., 544.

2. Cfr., DE MARTINO, F., *Storia economica di Roma antica I*, Firenze 1979, 125ss.

3. En Roma junto al derecho civil, propio de los ciudadanos romanos, se configura un nuevo sistema jurídico, el *ius gentium*, que constituye, como afirma Antonio Fernández de Buján, un conjunto de normas recogidas en el edicto del pretor peregrino, y que "son en parte romanas, a las que se priva de formalismos y tecnicismos, y en parte aceptadas, por regla general, por el conjunto de comunidades políticas conocidas de la época. Es una especie de Derecho

la península italiana que formaban parte de la Liga Latina, sino también con otros pueblos de las riberas del Mediterráneo y del Oriente Próximo.

A partir del s.I d.C. se va a producir un auge del comercio en Roma como consecuencia de las condiciones de paz y seguridad establecidas por Augusto y sus sucesores. Así Roma y la península italiana como centro del mundo, va a desarrollar importantes relaciones comerciales con diferentes provincias, comprando y vendiendo, principalmente, productos de la tierra tales como trigo, aceite o vino, así como ciertos productos manufacturados. Pero también mantiene importantes relaciones comerciales con el exterior, principalmente con la India y Oriente, importando fundamentalmente productos de lujo⁴.

El desarrollo de estas actividades exigirá la creación de empresas en las que sus miembros estarán interesados en poner en común sus intereses. Surgirán empresas de banca y de comercio o incluso de construcción de carreteras adecuadas para desarrollar los negocios. Así, es bien conocida en Roma la existencia de negocios estables de banca desarrollados, principalmente, por los *argentarii*. Éstos, ya fuesen negociantes individuales o empresas o sociedades financieras (*mensae argentariae, societates argentiorum*), se encargaban de guardar o administrar depósitos de dinero, negociar con préstamos y anticipos de subastas o servir de avalistas⁵. De sus actividades encontramos referencia en el Digesto de Justiniano⁶

internacional de la antigüedad, aunque creado y controlado por la nación de mayor poder, caracterizado por el sentido común, la buena fe, la flexibilidad, la ausencia de formalismo y la tradición en otras comunidades". *Vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, Madrid 2005, 8ªed., 134.

4. Así De Martino afirma que "Questo predominio nasceva dal fatto che l'Italia era in grado di esportare merci ed utensili per consumi di massa, come oggetti di terracotta e di bronzo, spille, lampade, terra sigillata, vetro, pozzolana e pietre da costruzione e così via. Anche i prodotti della lana venivano esportati, mentre per l'importazione, oltre il grano, il bestiame, le pelli, le pellicce, i metalli, carne e pesce conservati, piante e frutta esotiche, una voce importante era rappresentata, come si è visto, dai profumi, spezie, unguenti, pietre preziose, seta, proveniente dall'Oriente, attraverso Siria ed Egitto. L'intensità del commercio non è un'astrazione geografica, ma dipende dalle condizioni di sviluppo di un sistema economico e dalle sue capacità produttive e di consumo". *Vid.*, DE MARTINO, F., cit., 328.
5. García Garrido afirma que numerosos textos jurídicos, literarios y epigráficos se refieren al ejercicio colectivo de varias personas de actividades financieras y bancarias a los que se atribuye responsabilidad limitada o ilimitada hacia los terceros contratantes. De esta manera los banqueros podían ejercer sus actividades como socios y convenir entre ellos un contrato consensual de sociedad. *Cfr.*, GARCÍA GARRIDO, M.J., *El Comercio, los Negocios y las Finanzas en el Mundo Romano*, Madrid 2001, 54ss.
6. D.17,2,525 (*Ulp. 31 ed.*) en el que se recoge la respuesta dada por Septimio Severo en un scripto imperial dirigido a Flavio Félix, lo que indica que la pregunta fue planteada realmente a la Cancillería del Emperador.

De esta manera el sistema jurídico romano fue capaz de adaptarse a las nuevas exigencias sociales y económicas que, utilizadas por Roma en sus relaciones comerciales en el ámbito del *ius gentium* fueron reconocidas por la *iurisdictio* de los pretores y la actividad dictaminadora de la jurisprudencia, admitiendo, así, en el ámbito del *ius civile*, nuevas figuras negociales⁷.

El contrato de sociedad se integrará en la categoría de los contratos consensuales⁸. Constituye esta categoría contractual la forma más perfeccionada de contrato ya que para su validez tan sólo exige la manifestación del consentimiento por los contratantes, sin añadir nada que simbolice o haga patente tal prestación, como la entrega de una cosa en los contratos reales o la forma escrita en los llamados contratos literales en los que se integran los documentos de reconocimiento de deuda. Sin embargo, a diferencia de los otros, en el contrato de sociedad no existe reciprocidad entre las prestaciones de las partes. El socio no entrega o hace nada para recibir alguna contraprestación de su socio, sino que su esencia consiste en la puesta en común de recursos –dinero, bienes, trabajo o una combinación de todos ellos– para alcanzar un fin común.

El consentimiento influye de manera decisiva en la configuración jurídica de esta figura. Este elemento esencial encuentra su regulación jurisprudencial más detallada en Roma en el ámbito del contrato de compraventa, de donde los juristas lo toman para aplicarlo a los demás contratos basados en el consentimiento. Consecuencia de ello es la detallada regulación que ofrecen los libros jurisprudenciales de los distintos supuestos de error en la prestación del consentimiento. De este modo, si el error recayese sobre uno de los elementos o cualidades esenciales del contrato determinará su nulidad, tal como se afirma en un texto tomado del libro XXXVI de comentarios de Pomponio a Quintus Mucius que se recoge en D.44,7,57

En los contratos...cuando interviene algún error, de modo que uno de los contratantes piense una cosa y otra distinta el que con ellos contrata, es nulo lo que han hecho. Y lo mismo debe responderse cuando se trata de un contrato de sociedad, de forma que no valga ésta, que se funda en el consentimiento, si disienten los contratantes pensando cada uno cosa distinta.

Por tanto, el error de los contratantes tanto en el objeto del contrato como en las aportaciones de los socios o, incluso, en las cualidades personales de uno de ellos, determinaría la nulidad del contrato.

7. En este sentido Bove añade: "Nous pouvons remarquer en général que la documentation privée et tout d'abord les actes de la pratique non seulement nous démontrent la grande variété des relations économiques et commerciales mais avant tout nous révèlent encore et de plus que la pratique –et notamment la pratique du monde du commerce– a toujours joué un rôle très important pour la création même de la règle du droit...". *Vid.*, Bove, L., *Pratique du commerce et droit à Rome*, en INDEX 18 (1990) 228.

8. Gai.3,154.

Este consenso se encuentra en relación con la característica principal del contrato de sociedad cual es su carácter personalísimo. El socio contrata con los demás en atención a la fe y confianza que deposita en las características y cualidades personales de los demás. Esta intención de constituir la sociedad y de mantenerse en ella, que se expresa en el *animus sociorum*, como elemento integrado en el *consensus*, se exige en el momento de constituir la sociedad –*animus contrahendae societatis*–.

El *animus* de los intervinientes distingue el contrato de sociedad de cualquier otro tal como indica Ulpiano en su libro XXXI de comentarios al edicto

D.17,2,44

Si te hubiese dado una perlas para vender, de modo que si las vendieses en diez mil sextercios me dieses los diez mil y si en más te quedas con la cantidad excedente, me parece que si se convino con intención, se dará la acción de socio y si no la acción de palabras prescritas.

A la luz de este texto clásico el elemento fundamental que configura como sociedad un convenio entre dos personas es el *animus* específico de constituirse en sociedad, que se aprecia cuando el jurista dice: *si se convino con intención*. El *animus* o intención en nuestro contrato conforma y condiciona la finalidad económico-social que se pretende con la realización del negocio. Asimismo la jurisprudencia romana consideró nula la sociedad contraída mediante legado o donación. Así se expresa en un texto tomado del libro XXXI de comentarios al edicto de Ulpiano que se recoge en

D.17,2,5,1 in fine

No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación

La razón, como señala F. Fernández de Buján, es que en este caso, no existe una voluntad de las partes de reunirse en sociedad, sino que su situación común deriva de un acto externo a sus personas. Lo mismo se expresa en otro texto del mismo jurista, en el que se refiere más explícitamente que no hay sociedad como consecuencia de una mera situación común, sino solamente cuando entre las personas que comparten dicha situación existe intención de constituirse y actuar en sociedad. Así, en un pasaje tomado del libro XXX de Ulpiano de comentarios a Sabino que se recoge en D.17,2,31 se afirma que,

Para que tenga lugar la acción de socio debe mediar una sociedad, pues no basta que la cosa sea común si no existe una sociedad y puede haber una gestión común también sin mediar sociedad, por ejemplo cuando nos encontramos en comunidad sin intención de contraer una sociedad, como acontece cuando una misma cosa ha sido legada a dos o también cuando una cosa ha sido comprada simultáneamente por dos personas o si recibimos una herencia o donación común; o bien si compramos separadamente las partes de dos propietarios sin ánimo de hacernos socios.

La donación como acto de liberalidad no constituye causa de constitución de una sociedad, ya que entre las personas que reciben algo en concepto de donación, puede no darse el *animus societatis*. Lo que resulta en este caso es una *communio incidens*, es decir, una comunidad incidental, que es aquella situación en la que el estado en común no deriva del consentimiento de los comuneros, pues, no se pro-

duce como consecuencia de una decisión libremente adoptada de poner la cosa al servicio de un fin decidido por ellos⁹.

Pero aún más es requisito indispensable que el *animus* de los contratantes permanezca a lo largo de toda la vida del contrato, lo que se traduce en la denominada *affectio societatis*. La *affectio* es un aspecto de la buena fe que preside el contrato y que alcanza gran consideración en el contrato de sociedad en la medida que da lugar al *ius quodammodo fraternitatis*, que no sería otra cosa, como indica Cancelli, que lo que Cicerón llama "*religio societatis*" –Verr.2,3,58,134– y *ius officii* –Rosc. AMER. 40,116–, esto es, un deber moral¹⁰.

De este modo, la concreta personalidad del socio es decisiva en la prestación del consentimiento o *affectio* en el contrato social. Cada socio se une a otros por razón de sus cualidades personales o de la confianza en ellos depositada, lo que implica que se considera esencial en la sociedad la concreta personalidad de aquellos con los que se contrata.

La naturaleza *intuitu personae* o personalísima del contrato de sociedad tiene importantes consecuencias jurídicas que afectan a la responsabilidad de los socios en el ámbito del contrato, a su extinción, a la admisión de nuevos socios en el contrato, o al carácter infamante de la condena en el caso que existiese litigio entre los socios como consecuencia de los negocios sociales, entre otros. Intentaré examinar brevemente cada uno de estos aspectos.

Responsabilidad de los socios: La responsabilidad de los socios en un principio tan sólo comprendía los actos realizados con dolo, es decir, los actos contrarios a la buena fe que preside el contrato. No obstante, el carácter personalísimo del contrato de sociedad, basado en las relaciones de confianza entre los socios, hizo que pronto se extendiese a las actuaciones imprudentes o negligentes de cualquiera de ellos. Esto es a la responsabilidad por culpa. Así lo afirma Ulpiano, recogiendo la opinión de Celso, en su libro 31 de comentarios al edicto recogido en D.17,2,52,2

los socios deben responder recíprocamente de dolo y culpa

El socio responde tanto por culpa lata que se equipara al dolo como por culpa leve, es decir, al abandono o negligencia en el cumplimiento de los deberes sociales, pero en ningún caso, y salvo pacto en contrario, le será exigida una exactísima diligencia –culpa levísima–.

Afirma Gayo que al socio le será exigida la misma diligencia que pone en sus propias cosas, esto es, culpa in concreto y no en abstracto¹¹. El jurista tan sólo exige al socio la misma diligencia que pone en sus propias cosas ya que al ser un contrato basado

9. Cfr., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., cit., 422ss.

10. Cfr., CANCELLI, F., voz *Società*, en NNDI XVII, Turín 1970, 501.

11. D.17,2,72 (*Gai. 2 res cott.*) y D.17,2,52,2 (Ulp. 31 ed.)

en relaciones personales está claro "que el que se busca un socio poco diligente debe culparse a sí mismo".

En ocasiones la responsabilidad de los socios también se extiende a la custodia quizás por extensión de la responsabilidad exigida en la *locatio conductio operis* pues muchas veces el mismo trabajo que se promete a través del contrato de arrendamiento de obra constituye el objeto de la sociedad:

Si al contraerse la sociedad, dice Celso, prometió uno aportar su oficio y servicios, como por ejemplo, cuando damos ganado para apacentar en común, o un campo a un cultivador para recoger los frutos en común, sin duda ha de responderse por custodia¹², pues el precio de la obra comprende ya el de la labor del artífice¹³.

Por ello, el socio deberá extremar la diligencia en la ejecución de la obra asumida, respondiendo incluso en los casos de hurto o perecimiento de la cosa no imputables a su persona.

Extinción del contrato: Si los socios celebraron el contrato en atención a la concreta personalidad y cualidad de los otros contratantes la muerte de cualquiera de ellos determinará su extinción ya que "*el que la contrae elige a una persona determinada*"¹⁴. Si un socio muere la esencia de la relación contractual desaparece. Así lo establece Paulo al decir que *se extingue la sociedad por la muerte de un socio aunque haya sido contraída por el consentimiento de todos y sobrevivan varios*.

Parece que la jurisprudencia clásica sería contraria a un pacto por el que las partes hubieran convenido la continuación de la sociedad en los herederos¹⁵, aunque Paulo parece admitirlo¹⁶ lo que bien pudiera ser fruto de una alteración postclásica introducida por los compiladores¹⁷.

La buena fe y la confianza que fundamenta el contrato de sociedad impide extender esta relación a un tercero desconocido para todos o alguno de los contratantes. De ahí que no sea posible la transmisión de la condición de socio a los herederos.

Si éstos continuaran en la ejecución del contrato social junto con los socios de su causante se trataría tal como indican los juristas clásicos de un nuevo contrato de sociedad.

12. Cfr., ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford 1996, 464.

13. D.17,2,52,2 *in fine* (*Ulp.* 31 ed.)

14. Gai.3,152.

15. D.17,2,59pr. (*Pomp.* 12 Sab.)

16. D.17,2,65,9 (*Paul.* 32 ed.)

17. Cfr., TALAMANCA, M., voz *Società*, en ED XLII, 1990, 841.

De la misma manera el desistimiento unilateral de uno de los socios siempre que no sea intempestivo determinará la extinción del contrato. Así lo explica Gayo en el fragmento 151 del libro tercero de sus Instituciones:

*La sociedad perdura mientras los socios perseveran en este sentido; pero cuando uno de los socios renuncia a ella, ésta se disuelve.*¹⁸

De este modo la sociedad podrá existir mientras los consocios mantienen su acuerdo dirigido a la consecución del fin social, por lo que la sociedad se disolverá si uno de ellos renunciase. En ningún caso es posible la continuación del contrato ya que la renuncia afecta al contrato en su conjunto pues se ha modificado el consentimiento inicial de las partes. Si los demás socios decidiesen continuar unidos estaríamos ante un nuevo contrato.

La misma consecuencia tendría lugar si existiese acuerdo de todos los socios de dejar sin efecto el contrato ya que el consentimiento que hace nacer el contrato también da lugar a su extinción¹⁹. O si las partes hubieran fijado un plazo en cuyo caso su cumplimiento determinará la extinción del contrato.

La renuncia unilateral de uno de los socios en ningún caso podrá ser intempestiva²⁰ o contraria a la buena fe ya que en ese caso no surtirá efecto alguno tal como afirma Paulo, recogiendo la opinión propia de la jurisprudencia clásica, en su libro 32 de comentarios al edicto recogido en D.17,2,65,3

Hemos dicho que la sociedad se extingue por el disenso; esto es así si todos disienten, pero ¿qué ocurre si sólo uno renuncia? Escribió que Casio que aquél que renunciase a la sociedad libera a sus socios respecto a sí mismo, pero él no se libera de ellos.

Por ello si la renuncia hubiese sido hecha con dolo la renuncia no le libera respecto de los demás socios, por ejemplo, si sabiendo que iba a recibir una herencia renunciase a la sociedad, o si contraída la sociedad para comprar una cosa después quisiera comprarla solo, tal como afirma Paulo *no siempre debe ser observado lo que interesa particularmente a uno de los socios, sino lo que es más conveniente a la sociedad.*

Admisión de nuevos socios: Consecuencia de lo anterior es que *El socio de mi socio no es socio mío*²¹, por lo que si se admitiese un nuevo socio tan sólo lo sería

18. En el mismo sentido se recoge en las Instituciones de Justiniano 3,25,4.

19. Teniendo siempre en cuenta que en el caso del *contrarius consensus* como causa de extinción del contrato es necesario que la relación obligatoria esté *re adhuc integra*.

20. D.17,2,65,6 (Paul. 32 ed.): *Asimismo el que contrajo una sociedad por un cierto tiempo, si renuncia a ella antes de tiempo, libera al socio respecto a él, pero él no se libera respecto al socio; consiguientemente si hubo alguna ganancia posterior, no tendrá parte en ella, pero si hubo perjuicios responderá igualmente en su parte, salvo que la renuncia se haya hecho por alguna necesidad. Cuando ha concluido el tiempo, el socio es libre para retirarse, porque puede hacerlo sin dolo.* En el mismo sentido D.17,2,14 (Ulp. 30 Sab.) en el que se recoge la opinión de Pomponio.

21. D.50,17,47,1 (Ulp. 31 ed.)

respecto del que lo admitió pero no respecto al resto ya que ellos no dieron su consentimiento. Así lo expresa el propio Ulpiano en su libro treinta de comentarios a Sabino recogido en D.17,2,19

El que es admitido como socio, lo es únicamente respecto al que lo admitió y ello con razón: puesto que la sociedad se contrae por el consentimiento, no puede ser socio mío el que yo no quise que lo fuera. ¿Qué ocurre si mi socio lo admitió? Es socio respecto a él solamente.

Por ejemplo, si tres socios llevan una empresa comercial y uno de ellos acepta una cuarta persona como socio con el fin de dejarle trabajar en la tienda, este último no se convierte en parte del primitivo contrato de sociedad. El socio que lo admitió y él formarán una subsociedad, en la que los otros dos socios no formarán parte ya que ellos no lo admitieron. Cabría preguntarse si el socio que lo admitió sería responsable frente a los otros dos por la conducta del subsocio. De acuerdo con la opinión de Paulo que recoge la de Sabino el socio demandará a aquel a quién admitió y lo que consiga como indemnización lo deberá entregar a la sociedad –D.17,2,21–. Pero ¿que ocurrirá si el admitido no pudiese responder? Ulpiano entiende que el que lo admitió responde en todo caso ya que sólo él lo admitió “porque es difícil negar que fue admitido por su culpa”²². Algunos entienden que la responsabilidad del socio es consecuencia de haber roto el compromiso contractual que le unía con los otros socios, mientras que otros entienden que la responsabilidad sería consecuencia de la *culpa in eligendo*, en la medida que contrató con quien no debía²³.

Tampoco es admisible la venta a un tercero de la cuota social ya que sería contrario al consentimiento inicial prestado por los socios. Así si enajenase su parte tal acto carecería de efectos respecto al resto de socios²⁴, y los demás socios podrían exigirle responsabilidad por haber transgredido el acuerdo social²⁵.

Carácter infamante de la condena: Si las relaciones internas entre los socios dieran lugar a una contienda procesal entre ellos por comportamientos contrarios a la buena fe que preside el contrato, la eventual condena haría recaer la nota de infamia en el socio responsable²⁶. Tal nota no sólo tenía consecuencias de orden social y moral por ser tal conducta contraria a la confianza depositada en el socio, sino que también tenía consecuencias de orden jurídico en la medida que le impediría ser abogado, nombrar procurador o intervenir en un juicio con esas funciones²⁷.

22. D.17,2,23 pr. (*Ulp. 30 Sab.*)

23. Cfr., ZIMMERMANN, R., cit., 456 nt.29.

24. D.17,2,68pr. (*Gai. 10 ed. prov.*)

25. D.17,2,17pr. (*Paul. 6 Sab.*)

26. D.3,2,1 (*Iul. 1 ed.*)

27. *Gai.4,182 in fine.*

LAS DIFICULTADES INHERENTES A LA MULTIPLICIDAD NORMATIVA EN MATERIA DE SOCIEDADES COOPERATIVAS: PERSPECTIVA REGISTRAL

MARÍA BURZACO SAMPER

**Profesora Colaboradora Asociada de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas**

SUMARIO

1. Preliminar	271
2. El Registro de Cooperativas como registro administrativo con eficacia jurídica. Sus derivaciones competenciales.....	271
3. Los Registros de Cooperativas en la normativa vigente	285
4. Comentario final	295

1. Preliminar

Recurriendo a la proverbial expresión de VICENT CHULIÀ¹, el “accidentado desarrollo” que caracteriza la historia normativa de las sociedades cooperativas españolas, lejos de darse en los antecedentes, ha tenido una influencia decisiva en el panorama actual.

Desde la ley republicana de 1931, y por influjo del régimen de asociaciones en el que originariamente encontraron amparo las cooperativas, la normativa en la materia configuró un sistema registral de carácter administrativo que es, aunque con variaciones relevantes, el que se ha mantenido hasta la actualidad.

La perpetuación de dicho sistema ha sido motivo de permanente preocupación doctrinal por lo que pudiere implicar de quiebra para la seguridad jurídica y menoscabo en las garantías del tráfico jurídico². No obstante, el estudio de tales reparos evidencia que el problema, antes que en la subsistencia de un registro administrativo específico —registros, hoy día—, se achaca a la exclusión de las cooperativas del Registro Mercantil; circunstancia que, por otro lado, es inseparable extensión de la controversia sobre la naturaleza —mercantil o no— de estas sociedades.

2. El Registro de Cooperativas como registro administrativo con eficacia jurídica. Sus derivaciones competenciales

El análisis de los actuales Registros de Cooperativas pone de relieve que los mismos se conforman con base en la mixtura de dos componentes que viene a amalgamar en ellos el carácter administrativo y la eficacia jurídica.

1. VICENT CHULIÀ, Francisco. “El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa”. En AAVV. *Las Cooperativas y sus aspiraciones en la normativa específica*. Zaragoza: AGECCOOP-CENEC, 1980, pp. 109-152

2. DIVAR GARTEIZAURRECOA, Javier. “El Derecho comparado cooperativo en Europa”. *Anuario de estudios cooperativos*. 1988, p. 119.

Esta hibridación es deudora de la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas³, norma que en cuanto constituye auténtico punto de inflexión por lo que respecta a la actividad registral, merece cierto comentario.

2.1. La Ley General de Cooperativas de 1974: el tránsito hacia el sistema actual

Es apreciación común que uno de los aspectos más reseñables de la LGC74 es la innovación que supuso en materia registral, si bien los cambios incorporados no siempre recibieron el beneplácito doctrinal.

Las novedades más importantes se materializaron en torno a tres ejes:

- a. *Obligatoriedad de la escritura pública de constitución*, que vino a colmar una de las aspiraciones recurrentes de la doctrina⁴.
- b. *La “toma de razón” en el Registro Mercantil*. Estamos posiblemente ante la cuestión que más páginas y controversia suscitó no tanto por lo que de nuevo había en ella, cuanto por la ambigüedad del precepto que la contemplaba:

Nos referimos al art. 41 LGC74, que decía:

“La cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba la correspondiente escritura pública en el Régimen General de Cooperativas del Ministerio de Trabajo, con su toma de razón en el Registro Mercantil y con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se establezcan”⁵

3. BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1974. En adelante, LGC74.

4. VICENT CHULIÀ, Francisco. “La reforma de la legislación cooperativa”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 1984, núm. 1, p. 131. Curiosamente el proyecto de 1980 suprimió la necesidad de instrumentar la constitución de la sociedad cooperativa en documento público, lo que fue objeto de severas críticas. En este sentido, RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. “La función notarial y la constitución de las cooperativas (a propósito del Proyecto de 1980)”. *Revista de Derecho Notarial*. Abril-junio 1980, núm. 108, p. 215, quien subraya que el mandato del art. 129.2 CE se cumple a través de la seguridad aportada por la intervención notarial, “y no mediante aparentes facilidades que las colocan en notoria inferioridad competitiva respecto de las sociedades mercantiles y reducen de hecho su difusión”.

5. PÉREZ DE LEMA, Juan Antonio. “La publicidad registral y la legislación de cooperativas”. En AA.VV. *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco. Aspectos notariales y registrales de las Sociedades Cooperativas*. San Sebastián: Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco/ Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, 1988, p. 104, apunta que este artículo tiene su origen en el art. 16.5 Ccom conforme a la redacción dada por la reforma de 1973 (Ley 16/1973, de 21 de julio, sobre reforma de los Títulos II y III del Libro Primero del Código de Comercio; BOE núm. 176, de 24 julio de 1973)

Si el Preámbulo de la ley vaticinaba un reforzamiento del Registro General de Cooperativas “a través de una pragmática coordinación en el Registro Mercantil”, lo cierto es que la deficiente concreción de los mecanismos en que ambos se conjugaban derivó en la práctica inutilidad de tal referencia.

El mismo debate doctrinal, caracterizado por interpretaciones antagónicas⁶, se tor-

Dicho precepto posibilitaba la inscripción en el Registro Mercantil no sólo de las tradicionales empresas mercantiles (sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada), sino también de cualesquiera personas o entidades naturales o jurídicas, públicas o privadas, aunque no se dedicaran habitualmente al comercio, cuando realizaran actos o poseyeran bienes sujetos a inscripción de acuerdo con las leyes y reglamentos.

6. GÓMEZ CALERO, Juan, “Sobre la “mercantilidad” de las cooperativas”. *Revista de Derecho Mercantil*. 1975, núm.137, p. 330, había defendido que la inscripción en el Registro General de Cooperativas era constitutiva, aunque para proceder a dicha inscripción era “condición indispensable la previa “toma de razón” en el Registro Mercantil”, de lo que colegía: “Consiguientemente, si la inscripción en el Registro Mercantil es requisito obligado para la inscripción en el Registro General de Cooperativas, y esta última es *conditio iuris* de existencia de la cooperativa en formación, resulta admisible concluir que aquella “inscripción” o “toma de razón” en el Registro Mercantil viene a insertarse también, como elemento *sine qua non*, en el proceso de creación de la cooperativa, y reviste en tal sentido el carácter de inscripción “constitutiva”.

En contra de esta opinión, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*. Vol. I. 2ª ed. (revisada, corregida y puesta al día). Madrid: Editorial de Derecho Financiero/Edersa, 1977, pp. 262-263, atribuía la previsión de la “toma de razón” a una aplicación literal de los arts. 16.5 y 17 Ccom, a los que se daba una “literalidad que no pueden ni deben tener”. Por otro lado, y haciendo notar que todos los efectos ligados a la inscripción se trasladaban al Registro General de Cooperativas, concluía que el valor de la toma de razón era nulo.

VICENT CHULIÀ, Francisco. “Las empresas mutualísticas y el Derecho mercantil en el Ordenamiento español”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Enero-febrero 1976, año LII-núm. 512, pp. 124-125, tras dar cuenta del largo debate que ocupó la eventual inscripción de las cooperativas en el Registro Mercantil entre los procuradores de la Comisión de las Cortes, consideraba que la “toma de razón” eliminaba los problemas de la doble calificación: “la cooperativa será calificada en todos sus aspectos al ser inscrita en el Registro del Ministerio de Trabajo (...). La “toma de razón” en el Registro Mercantil es, pues, automática; es una mera transcripción del contenido del Registro General. No es una verdadera inscripción, pues el Registrador mercantil no puede oponerse a ella. Parece, pues, que la toma de razón tiene por finalidad potenciar la publicidad formal del Registro General de Cooperativas a nivel provincial, haciendo inútiles los Registros provinciales del Ministerio de Trabajo, que acertadamente fueron suprimidos del proyecto (...). Comparte esta opinión, GADEA SOLER, Enrique. “Análisis histórico-legislativo en torno a la sociedad cooperativa”. *Anuario de estudios cooperativos*. 1994, pp. 149-150 (en nota al pie núm. 124), para quien “el grado de intensidad con que actúan los dos registros es diferente, en cuanto que el Registro de cooperativas soporta la mayor parte de esta tarea, ya que concentra tanto las funciones estrictamente calificadoras y registrales como las de coordinación, propuesta y recurso con lo que es propiamente en su seno donde tales entidades nacían, se desarrollaban y se extendían. Por el contrario, el Registro Mercantil se limita a desplegar paralelamente una

nó baldío tras la aparición del Reglamento que desarrollaba la LGC74⁷. Así, el art. 72.1 R78 clarificó el alcance de la toma de razón, determinando que la constitución de la cooperativa y la adquisición de la personalidad jurídica se producía “desde el momento en que se inscriba la escritura pública en la oficina correspondiente del Registro General de Cooperativas”, quedando la toma de razón carente de efectos sustantivos y reducido su ámbito a los casos en que fuera obligatoria la designación de un Órgano de Dirección⁸.

c. *Registro administrativo con eficacia jurídica*. De acuerdo con el art. 43.1 LGC74, el Registro General de Cooperativas dependiente del Ministerio de Trabajo se organizaba “ajustándose en su eficacia a los principios de publicidad formal y material, legalidad y legitimación”.

MARTÍNEZ DIE hace notar que estamos ante una “profunda transformación” de la que surge una “figura de naturaleza mixta e híbrida” que se apoya “sobre una pura contradicción ontológica, entremezclando elementos de heterogénea naturaleza”:

“Como Registro administrativo es un órgano de la Administración dependiente del Ministerio de Trabajo y, por tanto, sujeto al Derecho Administrativo.

Su eficacia se asimila a la de los Registros de seguridad jurídica, adoptándose los principios de titulación pública, rogación, legalidad, publicidad material y formal y legitimación, si bien no se llega al extremo de dotar a la inscripción de eficacia convalidante, sí se le asigna valor constitutivo en sede de fundación de la entidad y modificaciones estatutarias y estructurales de la misma”⁹

Esta combinación, que rompe con la ortodoxa naturaleza administrativa del Registro de Cooperativas en la regulación anterior, termina y llega hasta la normativa actual generando, por otro lado, una serie de dificultades que serán tratadas a continuación.

función de complemento o de publicidad de segundo grado, ya que en él se practicaría exclusivamente una toma de razón de los actos que antes se han inscrito en el de cooperativas (...).”

7. Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de aplicación a las Sociedades cooperativas reguladas por la Ley 52/1974, de 19 de diciembre (BOE núm. 275, de 17 noviembre 1978). En adelante, R78.
8. VICENT CHULIÁ, Francisco. “La reforma... *op. cit.*, pp. 132-133, relata que la toma de razón en el Registro Mercantil no tuvo trascendencia práctica alguna, al punto que por medio de una circular interna de la Dirección General de Registros y Notariado se dispuso a los registradores de realizarla.
9. MARTÍNEZ DIE, Rafael. “Del Registro de Cooperativas”. En COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA. *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*. Vol. I. Madrid: Consejo General del Notariado, 1996, p. 554.

2.2. “Materia” cooperativa y distribución de competencias

Por razones obvias no es posible en esta sede un recorrido exhaustivo por los diversos factores que han coadyuvado al actual escenario normativo cooperativo, si bien todos ellos son reconducibles a un hecho en apariencia simple: el entendimiento de que la regulación cooperativa constituye una materia formalmente autónoma de las disciplinas con las que tradicionalmente se la ha relacionado (singulamente, la legislación mercantil y laboral).

Es sobradamente conocido que la inexistencia de referencia expresa al cooperativismo en los preceptos constitucionales correspondientes a la distribución de competencias y una discutible interpretación del art. 129.2 CE, permitió que algunas CCAA asumieran a través de sus Estatutos, y con diverso alcance, competencias en “materia” de cooperativas, mientras otras, bien omitían cualquier mención al cooperativismo, bien diferían a un momento posterior la posibilidad de asumir tal competencia¹⁰. En todo caso, dichos preceptos estatutarios situaban invariablemente como límite la legislación mercantil, título de competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.6ª CE¹¹.

Los problemas empiezan a surgir cuando la Comunidad Autónoma vasca se adelanta al legislador estatal dictando la primera Ley de cooperativas postconstitucional¹²; ley que, siendo objeto de recurso de inconstitucionalidad, da pie al primer pronunciamiento del TC sobre esta cuestión en STC 72/1983, de 29 de julio. Esta Sentencia pasó de puntillas sobre la naturaleza de las empresas cooperativas, viniendo a legitimar la regulación autonómica con base en una competencia exclusiva cuyos linderos, sin embargo, quedaban sin definir claramente y que, observando la normativa actual, ha adquirido una fuerza expansiva inusitada.

El devenir posterior es también conocido: mediante la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre se procedió a transferir a las restantes CCAA la competencia exclusiva en materia de “Cooperativas y mutuas no integradas en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil” [art. 2 c) LO 9/1992], abriéndose el consiguiente proceso de reformas estatutarias, a resultas del cual, todas las CCAA —y con

10. No obstante, debe recordarse que un número apreciable de CCAA, en cuanto no eran ajenas a la importancia económica del sector cooperativo para el desarrollo regional, incorporaron en sus Estatutos menciones al fomento del cooperativismo, aunque fuera de los artículos referidos a las competencias materiales y en conexión con el art. 130.1 CE.

11. Las expresiones recogidas difieren en su estilo, pero no en su alcance: “respetando la legislación mercantil” (EA Andalucía, EA Catalunya y EA Comunidad Valenciana) o “conforme a la legislación general en materia mercantil” (EA País Vasco); se muestra más críptica la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, cuando alude a “conforme a la legislación general en la materia”.

12. Ley 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas (BOPV núm. 33, de 10 marzo 1982)

exclusión de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla— asumieron la competencia exclusiva antedicha¹³.

Con mayor o menor prontitud, y excepción hecha de Canarias, Cantabria y Principado de Asturias, el propio Estado y las distintas CCAA han ido dictando su normativa propia en materia cooperativa, presentándose en la actualidad un escenario de quince leyes cooperativas¹⁴ que, regulando una misma figura societaria, provoca el generalizado

13. Constituye un caso distinto Galicia, que partiendo de la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución, recibió la competencia exclusiva de acuerdo con el art. 2 a) LO 16/1995, de 27 de diciembre, de Transferencia de Competencias a la Comunidad Autónoma Gallega (*BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 1995). De igual modo Canarias, Comunidad que no se citaba en la LOT, pero que reforma su Estatuto asumiendo la competencia en cooperativas (art. 30.24 EAC) por LO 4/1996, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 315, de 31 de diciembre de 1996)

14. Con intención meramente informativa enunciaremos seguidamente las leyes cooperativas vigentes. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que a las dificultades inherentes a un complejo normativo como el que vamos a mostrar, se adiciona la inestabilidad de dicha normativa, fruto de constantes modificaciones totales o parciales de las leyes. Por otro lado, téngase en cuenta que el enjambre regulador se ve incrementado por la producción reglamentaria que desarrolla algunos aspectos legales y que en materia registral es especialmente importante.

— *Estado*: Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (*BOE* núm. 170, de 17 julio 1999), modificada puntualmente por diversas normas sectoriales, entre las cuales, y destaca el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto de 2000)

— *Andalucía*: Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, modificada por Ley 3/2002, de 16 de diciembre [*BOJA* núm. 46, de 20 de abril de 1999 y núm. 153, de 28 de diciembre de 2002, respectivamente (*BOE* núm. 107, de 5 de mayo de 1999 y núm. 10, de 11 de enero de 2003)]

— *Aragón*: Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón (*BOA* núm. 151, de 31 de diciembre de 1998; *BOE* núm. 23, de 27 enero de 1999)

— *Castilla y León*: Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León (*BOCL* núm. 79, de 26 de abril de 2002; *BOE* núm. 116, de 15 de mayo de 2002), modificada por Ley 9/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas (*BOCL* núm. 52, de 31 de diciembre de 2004; *BOE* núm. 21, de 25 de enero de 2005)

— *Castilla-La Mancha*: Ley 20/2002, de 14 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (*DOCM* núm. 146, de 25 de noviembre de 2002; *BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 2002)

— *Cataluña*: Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas (*DOGC* núm. 3679, de 17 de julio de 2002; *BOE* núm. 179, de 27 de julio de 2002), modificada por Ley 13/2003, de 13 de junio (*DOGC* núm. 3914, de 30 de junio de 2003; *BOE* núm. 171, de 18 de julio de 2003)

— *Comunidad de Madrid*: Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 87, de 14 de abril de 1999; *BOE* núm. 131, de 2 de junio de 1999). La única alteración que se ha producido hasta el momento en esta Ley es la derogación de su art. 13.2 por Disposición Derogatoria Única (punto 2) de la Ley 1/2001,

rechazo doctrinal. Más allá de los calificativos que se han vertido sobre esta situación¹⁵, lo cierto es que semejante panorama se estima contraproducente y sin fundamen-

de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos (BOCM núm. 85, de 10 de abril de 2001; BOE núm. 149, de 22 de junio de 2001)

- *Comunidad Valenciana*: Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 4468, de 27 de marzo de 2003; BOE núm. 87, de 11 de abril de 2003), modificada por Ley 12/2004, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 4913, de 29 de diciembre de 2004; BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2005)
- *Extremadura*: Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (DOE núm. 49, de 2 de mayo de 1998; BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1998), modificada parcialmente por Disposición Adicional Novena de la Ley 20/2001, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2002 (DOE núm. extraordinario 5, de 31 de diciembre de 2001; BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2002) y por Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura (DOE núm. 153, de 30 de diciembre de 2006; BOE núm. 24, de 27 de enero de 2007)
- *Galicia*: Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia (DOG núm. 251, de 30 de diciembre de 1998; BOE núm. 72, de 25 de marzo de 1999), modificada parcialmente por Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo (DOG núm. 253, de 30 de diciembre de 2004; BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2005). La reciente Ley 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia (DOG núm. 72, de 13 de abril de 2007), anticipa una próxima modificación de la LCG que “además de adecuar la normativa actual a las nuevas necesidades que surgen en el ámbito del cooperativismo, integre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo” (DA 3ª. Apartado 1), estableciendo una serie de bases al efecto.
- *Islas Baleares*: Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Illes Balears (BOIB núm. 42, de 29 de marzo de 2003; BOE núm. 91, de 16 de abril de 2003), reformada por Ley 7/2005, de 21 de junio (BOIB núm. 99, de 30 de junio de 2005; BOE núm. 179, de 28 de julio de 2005)
- *La Rioja*: Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (BOR núm. 82, de 10 de julio de 2001; BOE núm. 172, de 19 de julio de 2001)
- *Navarra*: Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra (BON núm. 149, de 13 de diciembre de 2006; BOE núm. 4, de 4 de enero de 2007)
- *País Vasco*: Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (BOPV núm. 135, de 19 de julio de 1993), modificada por Ley 1/2000, de 29 de junio (BOPV núm. 146, de 1 de agosto de 2000) y, más recientemente, por Ley 8/2006, de 1 de diciembre (BOPV núm. 238, de 15 de diciembre de 2006)
- *Región de Murcia*: Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia (BORM núm. 282, de 7 de diciembre de 2006; BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2007)

15. Determinados autores no ahorran adjetivos. Así, GARCÍA-GUTIÉRREZ lo tilda de “desatinado”, “despropósito, absurdo, antioperativo, inconsistente, desajustado con el del entorno, contraproducente y poco riguroso”; o ALONSO ESPINOSA de “complicado, absurdo y, con frecuencia, disfuncional e inseguro laberinto”.

to, hasta el punto que bien puede ponerse en entredicho que tal “alarde legislativo”¹⁶ cumpla adecuadamente el mandato de fomento del art. 129.2 CE.

2.3. Rasgos generales comunes a los Registros de Cooperativas

PAZ CANALEJO señala que la evolución en el área registral ha ido aún más lenta que la que se produjo entre la aparición del fenómeno cooperativo y su reconocimiento normativo¹⁷. Ciertamente la vestidura jurídica conferida al Registro de Cooperativas por la LGC74 paliaba en parte las deficiencias en el régimen de publicidad denunciadas por reputados autores¹⁸, si bien ponía de manifiesto otros problemas que, lejos de resolverse, se vieron acrecentados tras la CE por la aparición paulatina de la normativa cooperativa autonómica.

En efecto, la proliferación de leyes ha producido una paralela multiplicación de Registros de Cooperativas caracterizados todos ellos por los rasgos surgidos en la LGC74. Nos hallamos así ante Registros que responden al binomio “privacidad sustantiva—administrativización operativa”¹⁹, o en palabras de LEYVA DE LEYVA, instrumentos nacidos de “un mestizaje de lo administrativo con los principios hipotecarios transportados del Registro Mercantil”, no pudiendo considerarse ni Registro administrativo, ni Registro jurídico: es “Registro jurídico-administrativo”, cuyos resultados “no son plausibles”²⁰.

Por orden de citas, GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Carlos. “La necesidad de la consideración de la Sociedad Cooperativa como entidad mercantil para la adecuada regulación”. *Revista de Estudios Cooperativos (Revesco)*. 1998, núm. 66, pp. 207 y 215; ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO J. “Prólogo”. En AAVV (coordinador ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO). *La Sociedad Cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. XXV.

16. ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. “Prólogo”. *Legislación sobre Cooperativas* (edición preparada por ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y GÓRRIZ, Carlos). 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 16.
17. PAZ CANALEJO, Narciso. “Competencias administrativas y control jurisdiccional ante el Registro de Sociedades Cooperativas según el ordenamiento español”. *Revista La Ley*. 1987-III, p. 951.
18. SÁNCHEZ CALERO, Fernando y OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “Relaciones del régimen jurídico de las Sociedades Mercantiles y de las Sociedades Cooperativas”. En AAVV. *El cooperativismo en la coyuntura española actual*. Anales de Moral Social y Económica. Vol. 6. Madrid: Centro de Estudios de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, 1964, pp., pp. 34-35.
19. PAZ CANALEJO, Narciso. “Algunos aspectos de la problemática registral en la Ley General de Cooperativas”. En AAVV. *Segundos encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco. Aspectos notariales y registrales de las Sociedades Cooperativas*. San Sebastián: Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social de la Universidad del País Vasco/ Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, 1988, p. 148.
20. LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio. “Planteamiento total de los registros públicos, su división en registros administrativos y registros jurídicos, y especial nota crítica del Registro de Coope-

Por lo demás, la peculiar naturaleza de estos Registros ha sido objeto de especial atención en los Dictámenes de diversos órganos consultivos que, al hilo de los informes propiciados por la actividad normativa sometida a su consulta, nos ofrecen observaciones de innegable interés:

“El registro de cooperativas (...) constituye una manifestación de lo que la doctrina italiana ha calificado como “Administración pública de derecho privado”, una aplicación de órganos y técnicas de gestión administrativos que, si bien buscan una finalidad pública (preservar la seguridad del tráfico jurídico) lo hacen incidiendo no sólo en la esfera privada sino, además, interviniendo en la creación, modificación o extinción de derechos e instituciones privadas.

Esta circunstancia de que la Administración actúe en la esfera privada calificando un negocio privado en el que no es parte y además con la facultad de calificar jurídicamente su regularidad y validez, determina además un especial enfoque del tema registral que estamos tratando en la medida en que, con efectos en el tráfico jurídico-privado, este registro excede de ser un simple registro administrativo para configurarse (...) como un registro jurídico”²¹.

Frente al sistema francés o italiano²², que inscriben sus cooperativas en un Registro común para toda clase de empresas —reivindicación constante de parte de la doctrina española—, o el alemán, que confía el Registro a la Jurisdicción ordinaria (más en concreto al Tribunal de primera instancia competente en materia de Registro Mercantil²³), en España se optó por un régimen de registro especial que ha evolucionado significativamente en algunos de sus aspectos.

rativas”. En AAVV. *Segundos encuentros cooperativos...* *op. cit.*, p. 88.

21. CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA. *Dictamen núm. 611/2001*. Asunto: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Galicia (Ponente: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR). Fecha de emisión: 18 de noviembre de 2001, Consideración Tercera (“Observaciones a la legalidad”), Artículo 1.
22. Sobre el sistema registral en Francia e Italia, MONTOLIO, José María. *Legislación cooperativa en la Comunidad Europea*. Madrid: Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social, 1993, pp. 235-236 y 356, respectivamente.
23. MONTOLIO, José M^a. *Legislación cooperativa...* *op. cit.*, p. 31, explica que “la referencia a “Tribunal de primera instancia” (“Amtsgericht”) se debe a que aquellos no se corresponden exactamente a nuestros Juzgados de dicho ámbito y competencia. Las funciones registrales se llevan a cabo por un funcionario especialmente cualificado (“Rechtspfleger”) y siempre bajo la dirección de uno de los Jueces adscritos a dicho Tribunal”. MÜNKNER, Hans-H., *Nueve lecciones de Derecho Cooperativo*. Marburg: Friedrich-Ebert-Stiftung, 1982, pp. 32-33, indica que antes de la reforma de 1973, el “control material previo a la fundación” se residenciaba en las federaciones de cooperativas, de suerte que el Juez se limitaba a verificar la cumplimiento de los documentos presentados. Tras la modificación, y aun manteniendo el control previo (que, según el autor, las federaciones habían aplicado con severidad), se establece

No obstante, y sin perjuicio de las etapas en las que se ha establecido un sistema de doble o cuasi-doble inscripción registral²⁴, lo trascendente es que “al margen del carácter, tan debatido, mercantil o no de las sociedades cooperativas (...) [se ha] diseñado un Registro de Cooperativas con una finalidad y con unos principios prácticamente idénticos al Registro Mercantil, con la importante salvedad que, en cuanto órgano de la Administración General del Estado, los funcionarios que están al frente del Registro de Sociedades Cooperativas califican e inscriben bajo el régimen de responsabilidades diseñado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Diferente es el caso, en este punto, de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (art. 18 de la Ley Hipotecaria y art. 5 del Reglamento del Registro Mercantil)”²⁵.

En esta línea, el Consejo de Estado prosigue haciendo una consideración que no puede obviarse:

“(...) el ejercicio de funciones del Registro de Sociedades Cooperativas no se atribuye a una persona física responsable del mismo sino a una unidad administrativa, con naturaleza institucional, de acuerdo con la terminología administrativista, como «órgano de la Administración General del Estado» (...) o de las Administraciones autonómicas, a través, básicamente, de sus Consejerías de Trabajo. Del mismo modo y, consecuentemente, sus resoluciones, en cuanto actos administrativos que son, habrán de dictarse de acuerdo con el procedimiento administrativo y resultan impugnables en vía administrativa y, ya firmes en la vía jurisdiccional, según los principios generales que rigen el régimen jurídico de las Administraciones Públicas. *En suma, cabe concluir que, en contra de lo que podría deducirse de la formulación del régimen jurídico de las sociedades cooperativas y de la misma Exposición de Motivos de la vigente Ley (al señalar que las sociedades cooperativas tienen como fin último del conjunto de los socios «la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial») se ha consolidado, en esta materia, una importante conquista por el Derecho Administrativo.* Diferente es el caso de las sociedades laborales (Ley 4/1997, de 24 de marzo) para las cuales, aun cuando se prevé un registro administrativo de sociedades laborales en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Real De-

un “control material adicional a cargo del Juez del registro acerca del cumplimiento de las condiciones requeridas para el registro”.

24. Ello supone la inscripción en el Registro de Cooperativas y en el Registro Mercantil. Aunque suele utilizarse este término al hablar del modelo de la LGC74, a la vista de lo dicho en párrafos anteriores habría que poner en cuarentena tal adjetivación por cuanto la “toma de razón” en el Registro Mercantil carecía de los efectos propios de este instrumento. Prueba de la escasa virtualidad práctica de dicha previsión es que los proyectos de ley posteriores y la LGC87 volvieron al régimen anterior a 1974, aunque incorporando los principios que tal ley había establecido.

25. CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen núm. 3193/2001*. Asunto: Proyecto de Real Decreto que aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas. Fecha de aprobación: 12 de diciembre de 2001, Apartado V. “Observaciones generales”.

creto 2114/1998, de 2 de octubre, sobre registro administrativo de sociedades laborales), éste se crea exclusivamente a efectos administrativos teniendo en cuenta que la sociedad gozará de personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil previa certificación que acredite que dicha sociedad ha sido calificada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (o por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma) a través del citado registro administrativo de sociedades laborales”

2.4. El carácter jurídico de los Registros de Cooperativas y sus implicaciones competenciales

Pasada la oportunidad de reconducir la inscripción de las sociedades cooperativas al Registro Mercantil²⁶, la multiplicidad de Registros de cooperativas ha permitido la apertura de un tema de debate lógicamente inédito hasta la CE y que entronca con la competencia estatal *ex art.* 149.1 8ª CE.

Con independencia de la complejidad inherente a los diferentes modos en que cada legislador conforma las etapas de la vida cooperativa (régimen de constitución, disolución, actos que deben tener constancia en el Registro, etc.), la cuestión pasa por dilucidar un elemento previo: la propia competencia de las CCAA para crear y configurar registros que, aunque concernientes a un ámbito material de su competencia (las cooperativas), producen efectos jurídicos en la esfera de las relaciones privadas.

Una cuestión que parece haber quedado irremediablemente en sede dogmática, por cuanto la doctrina constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma²⁷ y las repetidas apreciaciones contenidas en los dictámenes de los órganos

26. Parece evidente que la aparición de la LGC74 habría resultado el momento idóneo para el acogimiento de las cooperativas en el Registro Mercantil, más teniendo en cuenta que dicha norma tuvo como precedente inmediato la importante reforma que en 1973 se hizo del Título II del Ccom dedicado precisamente a aquel Registro. Se pronuncia en este sentido VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. “La reforma... *op. cit.*, pp. 131-132; ALONSO SOTO, FRANCISCO. “De la sociedad cooperativa; de los asociados; de los socios y órganos sociales”. En AAVV. *Jornada técnica sobre “Nueva legislación cooperativa y su incidencia en las Comunidades Autónomas”*. Madrid: Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (Centro de Formación Cooperativa y Empresarial), 1987, p. 27, opinión que reproduce en *Ensayos sobre la Ley de Cooperativas*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1990, p. 57.

En cualquier caso, nada habría obstado para que la reforma posterior de la ley estatal hubiera establecido la obligada inscripción en el Registro Mercantil. En este sentido, DIVAR GARTEIZAURRECOA, JAVIER. “El Derecho comparado cooperativo... *op. cit.*, p. 120, incidía en la urgencia de la unificación registral considerando que podía llevarse a cabo “con sencillez” mediante la reforma del RRM; solución que no vulneraría las competencias autonómicas por cuanto todas ellas se asumen “conforme a la legislación general en materia mercantil”.

27. La mencionada STC 72/1983 tuvo que resolver sobre determinados extremos que, atinentes a la inscripción registral en el Registro de Cooperativas de Euskadi, se quedaron, sin em-

consultivos se han visto ya desatendidas, ya superadas por una realidad que ha terminado imponiéndose con tozudez.

bargo, en lo superficial. Uno de los preceptos impugnados en aquel proceso fue el art. 8.1 LCPV82, que decía: *"La Cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento en que se inscriba el acta de constitución de la misma en el Registro de Cooperativas correspondiente. En el supuesto de que se realizaran aportaciones de bienes inmuebles se requerirá el otorgamiento de escritura pública"*.

La impugnación de la Abogacía del Estado se articula sobre el desconocimiento por parte del precepto autonómico del "principio mercantil de la inscripción de todos los que realicen operaciones comerciales, sean comerciantes o no comerciantes (como observa el preámbulo de la Ley de 1974), en el Registro Mercantil, y especialmente de todas las sociedades que ejerzan actividades comerciales, tengan o no fin de lucro". Por otro lado, "resultando competente el Estado para determinar el ámbito de la inscripción en el Registro Mercantil, y estando igualmente establecido el principio de escrituración pública como medio normal de acceso a los libros del Registro (art. 23 del Código de Comercio)", la inconstitucionalidad se derivaría de "una muy dispar forma de constitución de las sociedades cooperativas en perjuicio del principio de publicidad material que rige la institución del Registro Mercantil para toda clase de sociedades, y refiere la mencionada Ley de 1974 (en un precepto típicamente mercantil) para las sociedades cooperativas". De este modo, el mencionado art. 8.1 LCPV82 lesionaría "de forma directa la norma de competencia establecida en el art. 149.1.6ª CE, atributiva al Estado de una norma de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil" [Antecedente de Hecho 1º, c]

La STC 72/1983 separa convenientemente los dos aspectos concernidos, considerando, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil, que el citado art. 8.1 "... se limita a regular el nacimiento de la personalidad jurídica de la cooperativa que (...), es independiente de la toma de razón en el Registro Mercantil, por lo que dicho precepto es compatible con la aplicación de la legislación mercantil del Estado en materia de Registro, que es de competencia exclusiva del mismo (art. 149.1.6ª CE)". Por otro lado, y en cuanto a la no-exigencia de escritura pública de constitución "[tampoco se] contradice (...) la legislación de carácter mercantil, por lo que la Comunidad Autónoma ha actuado dentro de su competencia en materia de cooperativas" ya que "el examen de la legislación mercantil acredita, (...), que el acceso al Registro puede hacerse en virtud de escritura pública o de documento administrativo expedido por autoridad o funcionario competente" (FJ 8º)

MONGE Gil, Ángel. "Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de Cooperativas de Aragón". *Revista de Derecho Mercantil*. Abril-junio 1999, núm. 232, p. 727, achaca a esta argumentación una "criticable timidez". Sin embargo, hay que hacer notar que la contestación del TC en este punto se ajusta escrupulosamente a los argumentos esgrimidos en defensa de la declaración de inconstitucionalidad. El problema no es, pues, que no se entrara a dilucidar si la Comunidad Autónoma había subvertido los límites de la competencia estatal del art. 149.1.8ª CE, sino que la Abogacía del Estado no sumó argumentos adicionales a los ya expuestos en líneas precedentes. En descargo de ésta cabe indicar que la mayor parte de la regulación del Registro de Cooperativas quedaba diferida al correspondiente Decreto (DF 4ª LCPV82) y que en la ley apenas se daban atisbos de que el Registro vasco se viera dotado de principios registrales típicos. A nuestro juicio, la única vía en la que no se profundizó lo suficiente fue la del carácter constitutivo de la inscripción registral, cuestión que quedó prácticamente diluida en el argumento sobre la inscripción en el Registro Mercantil y que, obviamente, daba efectos sustantivos al Registro vasco.

Especialmente destacable, y primero en el tiempo, es el Dictamen núm. 24 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya de 2 de junio de 1982²⁸, en el que las dudas sobre el alcance de la competencia autonómica para crear y configurar los caracteres del Registro de Cooperativas, tratan de resolverse mediante el deslinde de los dos conceptos concernidos: "Registro propio o técnico-jurídico" y "Registro administrativo"²⁹. En tal sentido el Consell estima que nada obsta la competencia autonómica para establecer "un Registro administrativo de puro control de este tipo e, incluso, a efectos de inspección, disciplina y promoción", puesto que éste "sería un trámite más de la propia estructura y organización de la cooperativa". Cuestión distinta es que ese mismo registro adquiera tintes técnico-jurídicos "con funciones calificadoras, que controlan la legalidad jurídico-privada de las cooperativas, y con unos efectos materiales o sustantivos que escapan de los límites propios de un Registro administrativo o de control público". En tal caso, "la competencia de la Comunidad Autónoma ya no es tan evidente". Estimando que la regulación autonómica venía a conformar "un sistema registral en materia de cooperativas del tipo

28. CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. *Dictamen núm. 24*, de 2 de junio de 1982. Asunto: Adecuación a la Constitución y al Estatuto de Autonomía del Dictamen de la Comisión de Política Social sobre el Proyecto de Ley de Cooperativas de Cataluña (BOPC de 3 de mayo de 1982). Ponentes: FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, FRANCISCO y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Ejemplar consultado en Web: http://www.cconsultiu.cat/db/cconsultiu/cercador.cercap?p_leng=2

29. Se dice: El primero, "en su acepción moderna (...) constituye una institución destinada a inscribir y publicar actos realizados fuera de su ámbito, a fin de consolidar las respectivas relaciones jurídicas y de hacer que afecten a terceras personas que le sean ajenas, tanto en un sentido positivo como negativo". Dicha inscripción, en cuanto "constituye un acto de un órgano administrativo con efectos de publicidad jurídico-privada", ha permitido la noción de "Administración pública de Derecho privado mediante un proceso parecido al de la jurisdicción voluntaria".

Este tipo de registros técnico-jurídicos se configuran por los "principios de inmatriculación y primera inscripción, publicidad formal y material (positiva o negativa), legalidad o de calificación que puede recurrirse, presunción de exactitud y veracidad, oponibilidad a terceros, fe pública registral, presunción de validez, no convalidación de actos nulos y eficacia certificante; así como el de tracto sucesivo y el de eficacia, en general meramente declarativa, de las inscripciones".

En cuanto al "Registro administrativo", su función se ciñe "al control administrativo, a efectos de promoción, inspección y disciplina", siendo "más bien un registro de policía, como decían los administrativos clásicos". (...) está claro que implica una publicidad formal (excepto en los registros reservados) y por descontado una calificación previa a la inspección. Nada impide reconocer también que los actos en él inscritos gozan de presunción de validez (no de exactitud) mientras no son impugnados y que los funcionarios designados pueden certificar los asientos como parte de la publicidad formal. No obstante, no puede exceder de la función restringida que le es propia".

llamado de desenvolvimiento técnico”, propone el ajuste de las funciones del Registro “en los términos adecuados a la materia de que se trata”³⁰.

Más rotundamente el Dictamen del Consejo Consultivo Andaluz 150/1997 señala que “*nada impide que la Comunidad Autónoma de Andalucía, en uso de sus competencias sobre cooperativas, pueda establecer un registro de carácter administrativo en el que queden recogidas determinadas actuaciones relativas al funcionamiento, la composición o el régimen de dichas sociedades. Ahora bien, ello no permite atribuir al registro de cooperativas consecuencias sobre las relaciones jurídicas privadas de las cooperativas con terceros, que escapan al contenido de la actividad societaria típica (referido esencialmente a relaciones de carácter interno de la cooperativa con sus socios) y no pueden encuadrarse dentro de las funciones que puede regular la Comunidad Autónoma*. El otorgamiento de efectos jurídico-privados al Registro de Cooperativas, como consecuencia de los principios de publicidad material y legitimación, con incidencia sobre las mencionadas relaciones privadas, (...) tropieza con los títulos estatales sobre legislación mercantil y legislación civil (art. 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución), que actúan como obstáculo para que, en el presente caso, la regulación proyectada por la Comunidad Autónoma no pueda establecer determinaciones como las que son objeto (...) del artículo 20”³¹.

En todo caso, estas objeciones (a las que se unen algunas voces desde la doctrina³²) no han sido atendidas. Más al contrario, los registros cooperativos autonómicos

30. VICENT CHULIÀ, FRANCISCO. “La legislación cooperativa autonómica: perspectiva valenciana”. *Revesco Estudios Cooperativos*, 1984, núm. 52, pp. 20 y 25, defiende que “la regulación de un Registro de publicidad jurídico-privada debería considerarse materia estatal” y alaba el “rigor y buena voluntad” del Dictamen que comentamos.

31. CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA. *Dictamen núm. 150/1997*. Asunto: Anteproyecto de Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Fecha de emisión: 27 de noviembre de 1997 (Ponencia: PÉREZ VERA, ELISA, LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL, RAMOS DÍAZ, JULIO, SERRANO LEÓN, PEDRO MIGUEL y MEDINA REY, LUIS FELIPE), FJ III, apartado 12. Se reproduce la argumentación transcrita en el texto con ocasión del *Dictamen 113/2001*, de 28 de junio de 2001, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas Andaluzas y las autorizaciones previstas en la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. En este último vuelve a recordarse que la competencia autonómica no alcanza la posibilidad de atribuir al Registro de cooperativas consecuencias sobre las relaciones jurídicas privadas de las cooperativas con terceros, so pena de transgredir los arts. 149.1 6ª y 8ª CE (FJ III, apartado 3). Los Dictámenes citados pueden consultarse en Web: Consejo Consultivo de Andalucía. Página Oficial.

Esta misma objeción puede hallarse en el *Dictamen 92/2002*, de 5 de julio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre el Anteproyecto de Ley de Cooperativas de dicha Comunidad Autónoma (Consideración IV, apartado 2. “Normas civiles o mercantiles”). Ejemplar consultado en Web: <http://www.jccm.es/consultivo/indice02.htm>

32. VICENT CHULIÀ, FRANCISCO. “La reforma... *op. cit.*”, pp. 133-134; PAZ CANALEJO, NARCISO. “Principales innovaciones de la Ley 3/1987, General de Cooperativas”. *Revesco*. 1986-1987, núms. 54-55, p. 18, y “Competencias administrativas y control jurisdiccional... *op. cit.*”, pp. 958 y 960.

mantienen un modelo de “Registro jurídico” —denominación que algunas normas emplean sin el menor disimulo— que, además, ha contado con la aquiescencia estatal. Son elocuente muestra de ello los Reales Decretos de traspaso de funciones registrales en materia cooperativa que se limitan a citar el art. 149.1. 6ª, 7ª y 11ª, silenciando toda referencia al apartado 8ª del mismo art. 149.1 CE.

3. Los Registros de Cooperativas en la normativa vigente

3.1. Caracterización de los Registros de Cooperativas³³

33. Las leyes cooperativas dedican, por lo general, una atención limitada a la regulación de los correspondientes Registros de cooperativas dejando a determinación reglamentaria la pormenorización de los extremos relativos a su organización y funcionamiento. Con mayor o menor puntualidad sobre los plazos marcados, y salvo en el caso de Aragón y Región de Murcia, se han ido dictando los pertinentes Decretos, de cuya relación damos ahora cuenta:

- *Estado*. Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas (*BOE* núm. 40, de 15 de febrero de 2002)
- *Andalucía*. Decreto 267/2001, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas en materia registral y de autorizaciones administrativas, modificado por Decreto 318/2003, de 18 de noviembre. Interesa también destacar la Resolución de 10 de enero de 2005, de la Dirección General de Economía Social y Emprendedores, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Unidad Central del Registro de Sociedades Cooperativas Andaluzas (*BOJA* núm. 24, de 26 de febrero de 2002; núm. 34, de 19 de febrero de 2004; y núm. 30, de 11 de febrero de 2005)
- *Castilla y León*. Decreto 125/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Castilla y León (*BOCL* núm. 3, de 5 de enero de 2005)
- *Castilla-La Mancha*. Decreto 169/1995, de 7 de noviembre, por el que se crean los Registros de Cooperativas y Sociedades Anónimas Laborales de Castilla-La Mancha y Decreto 178/2005, de 25 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de Castilla-La Mancha (*DOCM* núm. 55, de 10 de noviembre de 1995 y núm. 216, de 28 de octubre de 2005)
- *Cataluña*. Decreto 203/2003, de 1 de agosto, sobre la estructura y el funcionamiento del Registro General de Cooperativas de Catalunya (*DOGC* núm. 3966, de 12 de septiembre de 2003)
- *Comunidad de Madrid*. Decreto 177/2003, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (*BOCM* núm. 181, de 1 de agosto de 2003)
- *Comunidad Valenciana*. Hasta el momento se ha incumplido la previsión de la DA 3ª LCCV que establece que “en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor” de la ley, el Consell de la Generalitat aprobaría el Reglamento del Registro de Cooperativas. De este modo, y dado que ninguna norma lo ha derogado expresamente, continúa en vigor el Decreto 136/1986, de 10 de noviembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el Registro de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, modificado por Decretos 130/1988, de 16 de agosto y 41/1990, de 26 de febrero. (*DOGV* núm. 478, de 2 de diciembre de 1986; núm. 890, de 30 de agosto de 1988; y núm. 1266, de 16 de marzo de 1990)

A pesar de las reservas expuestas sobre la posible contravención del orden constitucional de competencias, la totalidad de estos Registros participan de un mismo común denominador: estamos ante Registros administrativos de eficacia jurídica, superadores, en suma, de la clásica distinción entre “publicidad-noticia” y “publici-

-
- *Extremadura*. Decreto 172/2002, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura y se modifica el art. 21 del Decreto 129/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Sociedades Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura; modificado por Decreto 46/2006, de 21 de marzo (DOE núm. 152, de 31 de diciembre de 2002; y núm. 37, de 28 de marzo de 2006)
 - *Galicia*. Decreto 430/2001, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Cooperativas de Galicia (DOG núm. 31, de 12 de febrero de 2002)
 - *Islas Baleares*. Decreto 65/2006, de 14 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de las Illes Balears (BOIB núm. 104, de 25 de julio de 2006)
 - *La Rioja*. Decreto 18/2003, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de La Rioja (BOR núm. 58, de 10 de mayo de 2003)
 - *Navarra*. Decreto Foral 112/1997, de 21 de abril, por el que se aprueban las normas reguladoras del régimen de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Navarra (BON núm. 54, de 5 de mayo de 1997). Anterior en el tiempo, este reglamento no ha sido derogado por la actual LCN (2006)
 - *País Vasco*. Decreto 59/2005, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Cooperativas de Euskadi (BOPV núm. 108, de 9 de junio de 2005)

La exposición completa del panorama español en este tema, exige tener en cuenta, además, aquellas Comunidades Autónomas que aún no han ejercitado su potestad normativa en la materia pero despliegan la actividad registral por mor de los correspondientes Decretos de traspasos que en todos los casos proceden a transferir “la calificación, inscripción y certificación de los actos que deban acceder al Registro General de Cooperativas, según la legislación vigente”:

- *Asturias*. Real Decreto 2087/1999, de 30 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado al Principado de Asturias en materia de cooperativas, calificación y registro administrativo de sociedades anónimas laborales y programas de apoyo al empleo (apartado B) 1.a) del Anexo (BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000)
- *Canarias*. Real Decreto 1033/1984, de 11 de abril, sobre Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de Trabajo (apartado B) 4.1 de su Anexo I) (BOE núm. 131, de 1 de junio de 1984)
- *Cantabria*. Real Decreto 1901/1996, de 2 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de cooperativas, calificación y registro administrativo de sociedades anónimas laborales y programas de apoyo al empleo (apartado B) I.1. a) del Anexo (BOE núm. 218, de 9 de septiembre de 1996)

dad-efecto” que CHICO Y ORTIZ³⁴ colocaba como soporte de la separación entre los Registros jurídicos y los Registros administrativos.

Con base en esta premisa puede aseverarse que son “Registros públicos” desde las diferentes dimensiones que incorpora la adjetivación, esto es, tanto desde el plano físico y organizativo, como en cuanto a la publicidad, formal y material, ligada a los principios que los presiden³⁵.

3.1.1. Registro administrativo

Los Registros de cooperativas se insertan en la organización administrativa quedando definidos como órgano o como unidad administrativa dependiente de los Departamentos (u órganos de ellos) con competencia en materia de cooperativas.

Esta vertiente administrativa de los Registros de cooperativas encuentra reflejo no sólo en el plano organizativo, sino también en otros aspectos que constituyen derivación directa de tal carácter y que plantean determinados puntos críticos, algunos particularmente significativos:

a) *Condición funcionarial de los Encargados del Registro*: Fuente de recurrentes suspicacias doctrinales, se pone de manifiesto lo injustificado de la diferencia entre los encargados de los Registros de cooperativas y los responsables del Registro Mercantil³⁶. Se aduce que los Registradores mercantiles, en cuanto integrantes de una de las llamadas “profesiones oficiales”, de acceso probadamente exigente, tienen acreditado un alto nivel de conocimientos específicos sobre las materias objeto de su actividad profesional. Por el contrario, esta circunstancia no se garantiza de manera adecuada en relación con los Registros de cooperativas que, en el mejor de los casos, quedan a cargo de Jefes de servicio o Jefes de sección

34. CHICO Y ORTIZ, José María. “La publicidad efecto y la publicidad noticia”. *Revista de Derecho Privado*. Febrero 1994, p. 147.

35. MARTÍNEZ DE, Rafael, *op. cit.*, p. 569.

36. Entre otros, LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio, *op. cit.*, p.89; PAZ CANALEJO, Narciso. “Algunos aspectos de la problemática registral... *op. cit.*, p. 138. VICENT CHULIÁ, posiblemente quien más preocupación ha mostrado por este tema, considera que “la ausencia de los Registradores propiamente dichos” constituye “un verdadero garbanzo negro” de la legislación española de cooperativas. La razón no es otra que la falta de las debidas garantías que ello comporta: si “la función registral ha sido considerada como una función pública de características propias, distinta de la función administrativa y judicial”, de suerte que el acto de calificación se aproxima a un “acto de jurisdicción voluntaria”, su desempeño requiere de funcionarios dotados de una serie de cualidades específicas. VICENT CHULIÁ, Francisco. “La legislación cooperativa como desafío para el jurista”. En AAVV (org. Departamento de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social del Gobierno Vasco). *Primeros encuentros cooperativos de la Universidad del País Vasco*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1986, p. 49.

a los que no se exige preparación especializada ni en cuestiones registrales ni en Derecho Cooperativo.

Debe subrayarse que el problema no estriba tanto en la ausencia de imparcialidad, como en la falta de titulación suficiente. En este sentido, resulta inquietante que la mayoría de las regulaciones sobre los Registros de cooperativas no presten atención a la preparación exigible a los responsables de los mismos, siquiera por vía indirecta determinando, por ejemplo, el posible Cuerpo o Cuerpos de procedencia. Habida cuenta de las funciones que corresponden a este “registrador” debería imponerse con más ahínco la acreditación de conocimientos en Derecho, amén de cierta especialización en normativa cooperativa³⁷.

- b) *Procedimientos administrativos*. En consonancia con su entronque administrativo, la regulación sobre determinados aspectos participa enteramente de tal carácter. Así las cosas, la actividad registral se canaliza a través de procedimiento o procedimientos administrativos, algunos de cuyos extremos quedan regulados por remisión a las normas del procedimiento administrativo común. Ello plantea problemas de muy diverso signo que, dada su entidad, son imposibles de afrontar en este trabajo, aunque por su importancia, requieren al menos un breve apunte.

El hecho de que exista tal cúmulo de normas, nos enfrenta a una situación que en modo alguno puede valorarse positivamente: por una parte, se aprecia una tendencia evidente a emular la regulación que ofrece el Reglamento del Registro Mercantil, circunstancia ésta que, sin duda, ha coadyuvado a una mejora sustancial de la normativa registral cooperativa³⁸. Sin embargo, los procedimientos ante

37. Pueden citarse como excepción, los arts. 12 RRCCV y 5.2 RRCG:

“El Registro será atendido por funcionarios de la Generalitat Valenciana adscritos a este Servicio en atención a la calificación que hayan acreditado en Derecho de Cooperativas y Registral” (art. 12 RRCCV)

“El encargado del Registro se designará entre los funcionarios que posean la necesaria formación en Derecho cooperativo. Será mérito preferente estar en posesión de la licenciatura en Derecho, así como acreditar experiencia y formación registral” (art. 5.2 RRCG). Esta redacción viene a recoger sólo en parte la recomendación del Dictamen núm. 611/2001 del Consejo Consultivo de Galicia que hacía la siguiente consideración: “En todo caso, en la medida en que nos encontramos ante un registro jurídico con importante incidencia en el tráfico jurídico privado, y la propia ley lo somete a la responsabilidad del encargado del mismo, parece razonable e incluso necesario que el encargado del registro esté al menos en posesión del título de licenciado en derecho, requisito que, por lo tanto, se debe incorporar al presente texto. En este sentido, se sugiere la siguiente redacción del apartado 2º de este artículo 5: “El encargado del Registro de Cooperativas se designará entre los funcionarios que posean el título de licenciado en derecho y la necesaria formación en derecho cooperativo”. [Consideración Tercera —“Observaciones de legalidad”—, art. 5].

38. La influencia del RRM es no sólo evidente, sino en algún caso confesa, hasta el punto que bien puede afirmarse que en las normativas más actuales se ha convertido en inevitable punto de referencia. Son ejemplo significativo estos párrafos sacados del Preámbulo del

el Registro se configuran con carácter netamente administrativo, de suerte que ello deriva en iters procedimentales de duración más amplia que el que se sigue ante el Registro Mercantil y, sobre todo, en la traslación de determinadas figuras propias del Derecho Administrativo que demuestran ser totalmente inoportunas a la luz de los requerimientos de seguridad en el tráfico jurídico que impone la realización de actividades económicas. Ello es particularmente evidente en el caso del silencio administrativo: el cotejo de las múltiples normativas permite constatar la inexistencia de criterios claros, de manera que la ausencia de resolución expresa en plazo, determina ya el silencio negativo, ya el positivo, según qué norma haya que aplicar. Silencio que, por lo demás, y sea cual sea su sentido, resulta asaz problemático³⁹.

RRCG: *“El carácter empresarial de las sociedades cooperativas, su operatividad en el mismo mercado que las sociedades mercantiles tradicionales, obligan a su equiparación en los aspectos referidos al régimen de garantías, reforzando su seguridad jurídica en el tráfico mercantil, con el objeto de potenciar su intervención competitiva en los distintos mercados. Se evidencia, por lo tanto, la necesidad de confluencia con la práctica consolidada del Registro Mercantil, de cara a una necesaria homologación de contenidos, en la línea apuntada por el legislador. El reglamento aborda la necesidad de compatibilizar esta homologación, dado el carácter jurídico del Registro de Cooperativas de Galicia y su adscripción a una estructura administrativa típica, combinando las perspectivas de las distintas normativas que confluyen en la actuación registral, especialmente las referidas a la regulación cooperativa, administrativa y mercantil, de forma que permitan la necesaria aplicación de sus aspectos substantivos”*.

39. El silencio positivo tiende a explicarse por conexión con el principio general de fomento al cooperativismo [en este sentido, DIVAR GARTEIZAUURRECOA, Javier. “Ley vasca de cooperativas y normativa europea”. *Anuario de estudios cooperativos*. 1986, pp. 132-133]. Desde esta perspectiva, no es permisible que la conducta omisiva de la Administración —a la postre el silencio implica siempre el incumplimiento de la obligación de resolver y notificar en tiempo y forma— pueda perjudicar a la sociedad cooperativa, llevándola de hecho a emplear los mecanismos impugnatorios que procedan. Por otro lado, no hay que olvidar que estamos ante una ficción jurídica que, como tal, no implica necesariamente que el título carezca de los requisitos para su inscripción. En otras palabras, el silencio negativo viene a suponer una calificación desfavorable respecto de un título que, sin embargo, puede cumplir escrupulosamente los requerimientos del principio de legalidad.

Los mismos argumentos, pero en sentido contrario, permiten basar la idoneidad del silencio negativo [así, VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. “La Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 y las Leyes de Cooperativas Autonómicas”. *Revesco*. 1986-1987, núms. 54/55, pp. 303-304]: en el silencio positivo la ausencia de resolución implica una calificación favorable con la consiguiente inscripción registral que, además, y por mor del art. 43.4 a) LRJAP-PAC, sólo puede ser confirmada por la eventual resolución extemporánea. El riesgo evidente es que por esta vía accedan al Registro títulos no ajustados a la legalidad que, en virtud de la constancia registral, gozan de la protección que aquel otorga.

Tal vez el auténtico sinsentido es la existencia misma del silencio, figura que sería impensable respecto de procedimientos a seguir en otros Registros jurídicos. Como se ha dicho “la calificación jurídica debe ser inexcusablemente expresa y motivada, sólo así es garantía del derecho de los particulares”. LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 90.

c) *Control en vía administrativa y régimen de recursos.* La contemplación de la regulación relativa a la fiscalización de la actividad registral presenta una serie de interrogantes que, si se nos permite la expresión, no son de recibo por cuanto ni siquiera en este punto encontramos una guía uniforme. De un lado, hallamos normas que conciben la actividad registral como actividad administrativa y, consiguientemente, sometida al control propio de los recursos administrativos y posterior recurso contencioso-administrativo. En contraste con las anteriores, otras leyes y reglamentos parecen entender que estamos ante actividad administrativa sometida a Derecho privado asignando un régimen de control fundado en la reclamación previa a la vía judicial civil. Más allá del exceso competencial que pudiere apreciarse en estas previsiones⁴⁰, hay que indicar que esta cuestión es bastante más compleja de lo que asoma a primera vista⁴¹, aunque la realidad conflictual demuestra la indiscutida competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa⁴².

3.1.2. Registro jurídico

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la totalidad de los Registros de Cooperativas definen su eficacia por una serie de principios que convierten aquellos en auténticos Registros jurídicos —inscripción obligatoria, publicidad formal y material, tracto sucesivo, prioridad, legalidad y legitimación— que, por ser sobradamente conocidos no precisan de mayor comentario.

Con todo, hay que hacer notar que la incorporación de los mencionados principios dista de ser uniforme y correcta: en ocasiones porque no se recoge la lista completa, cuando no se entremezcla y confunde su contenido; en otros casos, porque se contemplan determinadas manifestaciones de aquellos, olvidando otras.

40. Recuérdese que el Estado ostenta competencia exclusiva sobre “legislación procesal” y el cooperativismo en modo alguno integra “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.6ª CE)

41. Véase, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. “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*. Mayo-agosto 1997, núm. 143, en especial pp. 220-228; PAZ CANALEJO, Narciso. “Competencias administrativas y control jurisdiccional. . . *op. cit.*, p. 966; CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA, *Dictamen 611/2001 (cit.)*, Consideración Tercera (“Observaciones de legalidad”).

42. SSTS (Sala 3ª) de 28 de mayo de 1980 (Ponente: SAINZ ARENAS, Manuel). EDJ 1980/12413; de 25 de marzo de 1991 (Ponente: SANZ BAYÓN, Juan Manuel). EDJ 1991/3244; de 21 de junio de 1996 (Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael); recurso núm. 7402/1992. EDJ 1996/4581; de 3 de abril de 1998 (Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael); recurso núm. 8219/1992. EDJ 1998/2231; y de 17 de marzo de 1999 (Ponente: SOTO VÁZQUEZ, Rodolfo); recurso núm. 3656/1993. EDJ 1999/3004.

3.2. El ámbito de los Registros de Cooperativas

Los Registros de Cooperativas no son ajenos a un fenómeno que, íntimamente ligado a este escenario plurinormativo, se ha convertido en preocupación doctrinal de primer orden. Nos referimos a la denominada “huida del Derecho Cooperativo”, situación que, a su vez, va de la mano de la distinción entre leyes cooperativas de primera y segunda generación.

El primer grupo se conformaría por aquellas normas que emplean el criterio territorial —ya solo, ya combinado con otros componiendo un criterio mixto— como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, siguiendo de un modo más o menos fiel la doctrina constitucional; por el contrario, las leyes de segunda generación colocan el acento en el hecho de que la “actividad cooperativizada” se realice *principal o mayoritariamente* en la Comunidad Autónoma correspondiente, incorporando así un elemento de acusada indeterminación y dudoso ajuste al orden constitucional⁴³.

43. Sobre este tema, MORILLAS JARILLO, M^a José. “El ámbito de aplicación de las leyes de Sociedades Cooperativas”. En AAVV, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. Vol. V. Madrid: Mc Graw-Hill, 2002, pp. 4745-4812; PANIAGUA ZURERA, Manuel. “La reforma de la legislación cooperativa andaluza”. *CIRIEC-España*, núm. 29 (núm. monográfico: “La legislación cooperativa en España”). Agosto 1998, p. 51.

Debe reseñarse que la STC 72/1983 vino a establecer que la competencia en materia cooperativa debe respetar los límites del territorio autonómico, en el bien entendido que aquella se refiere a las relaciones “típicas” cooperativas (las de orden interno entre las cooperativas y sus socios), de suerte que las actividades instrumentales o accesorias respecto del fin social podían realizarse fuera de dichos límites físicos.

Aunque no puede desconocerse que la concreción de la “accesoriedad” planteaba algunas incógnitas, la legislación dictada con inmediata posterioridad a esta doctrina siguió con fidelidad este criterio en los artículos dedicados a definir su ámbito de aplicación. Sin embargo, y sorprendentemente, surgen una serie de leyes que producen una nueva vuelta de tuerca descrita expresivamente como “con ellas llegó el adverbio” (MORILLAS JARILLO, M^a José, *op. cit.*, p. 4773): de este modo, la definición del ámbito de aplicación de las leyes pasa a establecerse con base en el criterio de actividad “principalmente” o “mayoritariamente” realizada en el territorio de la Comunidad Autónoma, sin que, además, se especifique cuál es el elemento de referencia para acotar dicha “principalidad”. Tales formulaciones han sido campo abonado para interpretaciones de toda índole y en cualquier caso han servido para poner en entredicho su adecuación a la jurisprudencia constitucional. En relación con esta cuestión: BORJABAD GONZALO, Primitivo. “La Sociedad Cooperativa en la Ley 27/1999”. En AAVV (coordinador ALONSO ESPINOSA, FRANCISCO). *La Sociedad Cooperativa en la ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas*. Granada: Editorial Comares, 2001, pp. 10-11.

El *Dictamen del Consejo de Estado núm. 1520/1995* (fecha de aprobación: 11 de octubre de 1995), que estudió la “adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía de la Generalidad Valenciana, de la Ley 3/95, que modifica la Ley 11/85 de Cooperativas”, ya consideró que el criterio de actividad mayoritaria vulneraba dicho orden constitucional de distribución de competencias, apuntando: “La

En este sentido, la doctrina más actual advierte con inquietud que la carrera normativa que parecen disputar las CCAA, puede propiciar dos efectos: por un lado, “la búsqueda de formas de organización empresarial provistas de un régimen jurídico más cierto, estable y pacífico, evitando el tipo sociedad cooperativa”⁴⁴; por otro, y con un significado muy distinto al anterior, el llamado “fenómeno de sorteo de la norma autonómica”⁴⁵, consistente en la posibilidad real de que las cooperativas, manejando a su antojo los intrincados hilos del ámbito de aplicación contenidos en las normas sectoriales, opten por la regulación, bien estatal, bien autonómica, que se ajuste mejor a sus intereses empresariales.

En todo caso, resulta llamativo que la propia ley estatal de 1999 se haya enmarcado entre las leyes de segunda generación⁴⁶, llevando así, como apunta GUILARTE GUTIÉRREZ, a un “vaciamiento de [su] esfera de aplicación (...) en favor de las normas autonómicas correspondientes”⁴⁷.

Esta circunstancia se ha trasladado plenamente a la regulación de los Registros de Cooperativas, de tal modo que su ámbito se extiende invariablemente a las sociedades cooperativas que realicen principalmente su actividad cooperativizada en el territorio de cada Comunidad Autónoma (o de varias, caso del Registro estatal),

norma impugnada trata de especificar a efectos de lo establecido en el artículo 1 de la Ley, cuándo una cooperativa “realiza de modo efectivo y real su actividad cooperativizada con sus socios en territorio de la Comunidad Valenciana” para lo que utiliza como criterio el volumen de las operaciones que se materialice mayoritariamente en dicho territorio. Al limitarse dicha precisión a la actividad cooperativizada con los socios, es decir, a las relaciones societarias internas que son las que la Comunidad Autónoma puede regular sólo si se desarrollan en su ámbito territorial, sin referirse para nada a las relaciones instrumentales con terceros, el criterio adoptado parece implicar que puede realizarse parte de la actividad cooperativizada (minoritaria) fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. Tal previsión supone una extensión del ámbito territorial de la Ley autonómica en materia de cooperativas, más allá del que corresponde a la competencia de la Comunidad Autónoma, ya que tendrían un ámbito territorial supracomunitario de competencia estatal, que vulnera el orden constitucional de distribución de competencias” (Consideración II, último párrafo)

44. MORILLAS JARILLO, M^a José, *op. cit.*, p. 4746.

45. GARCÍA-GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Carlos. *op. cit.*, p. 211.

46. El art. 2 LC, determinante del ámbito de aplicación de la ley estatal, fue objeto de un largo debate parlamentario que es descrito pormenorizadamente por ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía. “La reforma de la legislación estatal sobre Sociedades Cooperativas: su incidencia en las Comunidades Autónomas sin ley reguladora”. *Revista Jurídica La Ley*, 1999-2 (D-65), en notas al pie núm. 2, 3 y 4 (pp. 1685-1686); y MORILLAS JARILLO, M^a José, *op. cit.*, pp. 4779-4782.

47. GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso. “La nueva Ley de Cooperativas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Julio-septiembre 1999, núm. 75, año XVIII, p. 268.

reproduciendo los problemas ya apuntados sobre la indefinición implícita en el parámetro de "principalidad"⁴⁸.

3.3. Funciones de los Registros de Cooperativas.

El problema del solapamiento entre éstos y el Registro Mercantil

Las limitaciones de esta ponencia hacen inviable llevar a cabo un análisis de las diversas funciones residenciadas en los Registros de Cooperativas. Ello no obstante, cumple realizar un comentario sobre la indeseable situación a que aboca la coexistencia de infinidad de Registros de Cooperativas con funciones no siempre coincidentes y la de éstos, a su vez, con el Registro Mercantil.

No conviene olvidar que el hecho de que las sociedades cooperativas y sus actos y negocios jurídicos tengan constancia registral en estos Registros jurídico-administrativos no determina su exclusión radical del Registro Mercantil. Mas la ausencia de los oportunos mecanismos de coordinación produce que algunas de aquellas funciones se realicen de modo inidóneo, produciéndose en ocasiones duplicidades de todo punto insatisfactorias:

a) Así ocurre con la legalización de los libros sociales y el depósito de las cuentas anuales y, en su caso, los informes de auditoría de cuentas. Si bien en el primer

48. El art. 2.2 RRC, trata infructuosamente de dar concreción a dicho criterio cuando establece: "(...) se entiende por actividad cooperativizada la correspondiente a la actividad societaria por cualquiera de las fórmulas estables a que se refiere la Ley de Cooperativas, con independencia del domicilio social y de otras relaciones con terceros. Al mismo efecto, se entiende que dicha actividad se realiza principalmente en el territorio de una determinada Comunidad Autónoma, cuando dicha actividad en la misma resulte ser superior a la realizada en el conjunto de los demás territorios. En la inscripción inicial de la sociedad, dichas circunstancias se deducirán de sus estatutos, sin perjuicio de que con posterioridad procediera modificar el fuero registral a consecuencia de variación en tales circunstancias, que se acreditará mediante certificación de la sociedad comprensiva de su actividad efectiva, por el contenido de modificación estatutaria, o por cualquier medio de prueba válido en derecho". Este aparente intento de perfilar la principalidad es, a nuestro entender, baldío: decir que la actividad se entiende principalmente realizada cuando aquella es "superior a la realizada en el conjunto de los demás territorios" apenas aporta datos relevantes. Así lo constata el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el proyecto de Decreto que culminaría en el Reglamento del Registro madrileño, en el que reconocía que "no será difícil que las sociedades cooperativas, por una u otra razón, puedan obtener la calificación de "actividad principal" para una determinada Comunidad Autónoma escapando, así, del Registro de Sociedades cooperativas [estatal]". CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen 963/2003*. Asunto: Proyecto de Decreto por que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Registro de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (fecha: 5 de junio de 2003), apartado IV ("Observaciones generales), punto 2)

caso las dificultades son menores⁴⁹, no ocurre lo mismo con el mencionado depósito que, de acuerdo con la Instrucción de 26 de junio de 1992 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debe hacerse ante el Registro Mercantil⁵⁰, lo que, con determinadas excepciones, termina conllevando la obligación de que la sociedad cooperativa realice un doble depósito⁵¹.

- b) También en cuanto a la certificación de denominaciones, por cuanto no es razonable que, frente a la garantía que aporta en este punto el Registro Mercantil Central, el sistema de Registros de Cooperativas comporte en ocasiones la preceptiva obtención de dos certificaciones de denominación —la del Registro estatal y la del autonómico (vgr. en la normativa valenciana y vasca)—, lo que supone un ejemplo más del efecto “disuasorio” que provoca la multiplicidad normativa⁵².

49. Recordemos que conforme a la DA 6ª RRM, “la legalización de los libros de cooperativas, salvo los de las cooperativas de crédito y de seguros, se llevará de conformidad con lo dispuesto en la legislación de cooperativas y, en su defecto, por lo dispuesto en este reglamento”.

50. De acuerdo con la Norma Segunda de esta Instrucción DGRN de 26 de junio de 1996, “el depósito de las cuentas anuales de aquellas entidades que, sin tener la condición legal de empresarios, estén obligadas a ello, en virtud de alguna disposición expresa, se ajustará a lo prevenido en el Reglamento del Registro Mercantil” con las particularidades que la misma norma determina a continuación; siendo publicadas en la forma prevista en el art. 334 RRM (Norma Cuarta de la Instrucción).

Instrucción de 26 de junio de 1996, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización y depósito de cuentas de las entidades jurídicas en el Registro Mercantil. Consultada en <http://www.asociaciones.org/cm/Guia/Anexos/Legislac/>

51. La LC es consciente de este problema al que, sin embargo, no termina de dársele solución. No en vano, la DF 3ª LC dispone que “el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, dictará las normas necesarias para que las cooperativas tengan que legalizar los libros y depositar sus cuentas anuales en un solo Registro”. Por ello, la DA 5ª LCAr. exime de la obligación de depósito en caso de que la cooperativa esté obligada a efectuarlo en cualquier otro registro público; o la DA 6ª LCCV que señala que “a fin de evitar la duplicidad de trámite, podrán entenderse cumplidas, como si se hubieren practicado ante el Registro de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, las obligaciones legales relativas a la legalización de los libros de las cooperativas valencianas y las correspondientes al depósito de sus cuentas anuales, cuando se legalicen los libros o se depositen las cuentas anuales en el Registro Mercantil, en los términos de los convenios que regulen la colaboración de los Registros Mercantiles y la Generalitat Valenciana”. Más resueltamente, la ley extremeña elude conscientemente imponer la obligación de depósito ante su Registro de Cooperativas.

52. Dicho esto, no es de extrañar que haya leyes que procedan a exigir la certificación del Registro dependiente de la Administración General del Estado renunciando a toda función certificadora en tanto no se arbitren los mecanismos de colaboración mutua, información recíproca y coordinación contemplados en el art. 109 LC.

4. Comentario final

No siendo éste el lugar para entrar en el debate sobre la pertinencia de un Registro único —tesis planteada en relación con la totalidad de los Registros jurídicos y que, en tal medida, va mucho más allá del tema que nos ocupa—, lo cierto es que el régimen registral de las sociedades cooperativas hace más que cuestionable el modelo elegido. Conclusión que no deriva tanto del carácter excepcional de un registro de tales notas distintivas, cuanto de la ausencia de fundamento claro para la disparidad de tratamiento de las cooperativas respecto de otras formas de empresa.

En el bien entendido que correspondía al Estado la opción por llevar al Registro Mercantil la constancia registral de las cooperativas, se observa una contradicción evidente entre el propósito del legislador de fortalecer la cara empresarial de las cooperativas para, después, alejarlas incomprensiblemente de las garantías de dicho Registro.

Por otro lado, la abundante cantidad de instrumentos registrales en torno a la misma figura societaria no puede recibir un juicio favorable en la medida en que dicha circunstancia se revela no sólo innecesaria, sino perjudicial y de difícil vuelta atrás⁵³. En tal sentido se hace obligada la reflexión sobre la adecuación del sistema cooperativo español a las exigencias del tráfico jurídico y a la celeridad que impone el mercado.

Reconociendo que volvemos a la esfera de la política ficción, creemos que estos microcosmos de Registros de Cooperativas en poco o nada colaboran a apoyar a esta fórmula empresarial y mostramos nuestro acuerdo con aquellos que propugnan la unificación en el Registro Mercantil.

53. PAZ-ARES, Cándido (citado por GADEA SOLER, Enrique. *Derecho de las cooperativas. Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas del País Vasco*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1999, p. 137) considera que la inaccesibilidad de las cooperativas al Registro mercantil es "un agujero del sistema que no puede remediarse y la razón no se halla tanto en la existencia de un Registro especial de cooperativas por el Ministerio de Trabajo, que podría haber sido absorbido por el Mercantil sin graves dificultades, como en el hecho de que una gran parte de las cooperativas tengan que inscribirse en los registros creados en las distintas Comunidades Autónomas con competencia sobre esta materia. La absorción por el Registro mercantil podría dar lugar a un grave conflicto competencial".

ACTUALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE CONDUCTA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS, A TRAVÉS DE LA LABOR DE LA INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL CLIENTE, DIRECTAMENTE O EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS DE RECLAMACIONES DE LOS ÓRGANOS REGULADORES. UNA APROXIMACIÓN

ENRIC R.BARTLETT CASTELLÀ
Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - ESADE
Universidad Ramon Llull

SUMARIO

1. Regulación de la institución del defensor del cliente de las entidades financieras	299
2. Actuaciones defensores clientes de naturaleza pública	300
3. A modo de conclusión	303

1. Regulación de la institución del defensor del cliente de las entidades financieras

Las entidades financieras (de crédito, aseguradoras y empresas de servicios de inversión) españolas están habilitadas por la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero¹ a designar un Defensor del Cliente. Dicho nombramiento, que deberá recaer en una entidad o experto independiente de reconocido prestigio, podrán efectuarlo individualmente o agrupadas. El Defensor recibirá el encargo de atender y resolver, según el artículo 29 de la citada ley, los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco que determine su reglamento de funcionamiento. Igualmente, promoverá el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros. El artículo 48 de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva², extiende este tratamiento a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

Las decisiones de esta institución, inspirada en el *Ombudsman for Banking Services* anglosajón, son vinculantes para la entidad reclamada. Dicha circunstancia le diferencia del modelo clásico de Ombudsman parlamentario que, aunque investido de amplias facultades de investigación, carece de fuerza vinculante por lo que se le ha dado en denominar magistratura de persuasión.

El desarrollo reglamentario subsiguiente (Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero y Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo)³, establece que cada entidad deberá aprobar un Reglamento del Defensor por el Consejo de Administración u órgano equivalente de la entidad y, según lo que dispongan sus estatutos, ratificado por la junta o asamblea general. En dicho reglamento interno se determinará su ámbito de actuación y procedimiento. Como es habitual en las instituciones de Ombudsman y

1. BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

2. BOE núm.265, de 5 de noviembre de 2003.

3. BOEs núm. 54, de 3 de marzo de 2004 y núm. 72, de 24 de marzo de 2004.

aquellas que derivan de su modelo clásico, el Defensor del Cliente ha de presentar un informe anual del desempeño de su actividad. El artículo 17 de la Orden mencionada, establece su contenido mínimo:

- a) resumen estadístico de las quejas y reclamaciones atendidas, con información sobre su número, admisión a trámite y razones de inadmisión, motivos y cuestiones planteadas en las quejas y reclamaciones, y cuantías e importes afectados,
- b) resumen de las decisiones dictadas, con indicación del carácter favorable o desfavorable para el reclamante,
- c) criterios generales contenidos en las decisiones,
- d) recomendaciones o sugerencias derivadas de su experiencia, con vistas a una mejor consecución de los fines que informan su actuación.”

1.2. Publicidad de sus informes

El citado informe también deberá presentarse ante el Consejo de Administración u órgano equivalente. Al menos un resumen del mismo se incluirá en la memoria de la entidad. Pese a la meritoria labor de los defensores del cliente, la parquedad –en general– de los resúmenes incorporados en las memorias de las entidades, hace difícil determinar los efectos que los criterios generales contenidos en sus decisiones hayan podido tener en la actividad de cada entidad.

A priori, parece razonable pensar que una mayor difusión externa de su actividad, preservando la identidad de los afectados y la confidencialidad de las informaciones que lo requieran, no sólo facilitaría la labor de quien afronte una comunicación de este tipo, sino –y mucho más importante– reforzaría la confianza de los clientes en las mismas.

2. Actuaciones defensores clientes de naturaleza pública

Las organizaciones públicas que tienen atribuida la defensa del cliente de servicios financieros sí hacen públicos sus informes. Centrándonos en los servicios bancarios y pendientes todavía de nombramiento el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios (como el Comisionado para la Defensa del Inversor y el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones), previsto en el artículo 22 de la Ley 44/2002, tenemos que acudir al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, llamado a ser adscrito a dicho Comisionado, de acuerdo con el artículo 27 de la ley. En su página Web⁴ encontramos la memoria del año 2005 y anteriores, así como información, agrupada trimestralmente, de todo el año 2006.

4. Disponible en <http://www.bde.es/servicio/reclama/reclama.htm> (última consulta, 05.09.07).

En el informe correspondiente a 2005, se publica una información según la cual el porcentaje de reclamaciones que se presentaron ante el Defensor del cliente de la respectiva entidad fue –en promedio– del orden del 6% del total de las atendidas por los servicios de atención al cliente de las propias entidades. La deducción que efectúa el Servicio en el sentido que esa cifra “da una idea de la importancia que estos departamentos –el Defensor del cliente– están adquiriendo dentro de las propias estructuras internas de las mismas”, habría que ponderarla con la cifra de reclamaciones no resueltas favorablemente por los servicios de atención que eran susceptibles de reclamación ante el defensor y que no se reclamaron. La propuesta de mayor difusión externa de su actividad, va en la línea de reforzar su importancia.

Teniendo en cuenta que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España emite dictámenes no vinculantes, es relevante señalar que las entidades, en 2005, realizaron rectificaciones en 371 ocasiones, un 55% de los informes favorables al reclamante. Igualmente que, una vez presentada reclamación ante el Servicio, en 538 casos las entidades se allanaron a la reclamación. El número total de reclamaciones alcanzó la cifra de 5.575.

2.1. La experiencia del Reino Unido

Ante la dificultad de encontrar datos en España a través de los canales de difusión abiertos al público en general, que permitan desarrollar el objeto de esta comunicación, intento acudir a experiencias comparadas. Consulto a estos efectos, el informe anual 2006/07 del *Financial Ombudsman Service* del Reino Unido⁵ y el Informe, correspondiente al mismo período, de la *Financial Services Authority*⁶, regulador británico comparable al Banco de España por lo que se refiere a la supervisión bancaria.

Una primera cuestión a considerar es el volumen de asuntos examinados por el *Financial Ombudsman Service*. El Ombudsman gestionó un total de 627.814 peticiones y quejas de los consumidores, una sexta parte de las cuales se transformaron en casos que requerían su intervención. La mitad del número total de casos tratados, se referían a los 10 mayores grupos de servicios financieros del Reino Unido.

Una parte muy considerable de los casos que se plantean ante él se refería a los denominados *Mortgage Endowment*, seguros de vida que garantizan el pago de un préstamo hipotecario y se cobran, por el asegurado o sus herederos, una vez liquidado el préstamo y vencido el plazo por el que se contrataron. La cantidad de cuestiones litigiosas planteadas al respecto (gastos de administración, rentabilidad en caso de rescate anticipado, problemas de información, etc.) llevaron

5. Disponible en su página web <http://www.financial-ombudsman.org.uk/> (última consulta, 05.09.07).

6. Accesible en http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Corporate/Annual/ar06_07.shtml (última consulta, 05.09.07).

al Ombudsman y al FSA, incluso a establecer guías para gestionar las quejas por parte de las entidades. En estos momentos, – a fecha de cierre del informe citado de la FSA⁷, la industria ha revisado 1.800.000 quejas y pagado compensaciones a los consumidores por más de 2.700 millones de Libras esterlinas. Vemos pues como una actuación combinada del Ombudsman y del regulador, provoca un cambio sustancial y económicamente significativo de la actividad de las entidades financieras.

A continuación, voy a referirme, a otras dos cuestiones que, encuadrándose dentro del ámbito objetivo de esta comunicación tienen trascendencia para un número muy significativo de clientes, millones en el primer caso –relativo a los gastos de administración a abonar por cancelar una hipoteca– y todos los de una entidad cuando, en el segundo, se introducen cambios en el gobierno corporativo de una entidad.

2.1.1. El caso de los Gastos de administración de cancelación de hipotecas

Ante el cobro de gastos no previstos en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con incrementos de gastos que pasan de 70 libras esterlinas (previstas) a 200 esterlinas que se giran al momento de la cancelación, la FSA optó por plantear una solución práctica, que fue apoyada por el equivalente a nuestra Asociación Hipotecaria, el *Council of Mortgage Lenders*. Planteó que las entidades adoptaran soluciones consistentes en cobrar cantidades iguales o inferiores a las anunciadas en el contrato o, alternativamente, cantidades superiores; pero con la obligación de razonar los motivos de ese incremento y reservándose la FSA la valoración de esa explicación y, eventualmente, el abrir un expediente por infracción de las buenas prácticas bancarias⁸. El resultado fue que en el 95% de los casos, las entidades giraron liquidaciones de acuerdo a parámetros inferiores o iguales a los anunciados en el contrato y ofrecieron a quienes ya habían pagado honorarios superiores, recuperar el exceso. En este sentido, un número de firmas han efectuado provisión de reservas para cubrir el coste de las compensaciones en relación con estos gastos.

2.1.2. Actuaciones con implicaciones en el área de “Corporate Governance”

En los dos supuestos considerados, nos encontramos con cambios en la actividad externa de las sociedades, en manifestaciones de su voluntad, con efectos frente a terceros. En el caso que voy a referir a continuación, la intervención del regulador,

7. FSA Annual Report 2006/07 pàg. 30.

8. Las conclusiones de la FSA son accesibles en http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/meaf_godpractice.pdf (última consulta, 05.09.07).

como consecuencia de problemas detectados en el ejercicio de su misión, a veces a raíz de previas actuaciones del Ombudsman, comporta cambios en la propia organización interna de dichas sociedades.

Sobre la base de que una adecuada gestión de los riesgos, en su asunción y manejo, es clave para el funcionamiento de las entidades y, por extensión, de los mercados financieros, a partir de unos estándares fijados por la FSA –en términos de una aproximación basada más en principios que en reglas detalladas–, ésta discute con las entidades, con vista a que sean capaces de mostrarle como las determinaciones que han adoptado en materia de gobierno corporativo producen una efectiva supervisión y escrutinio de sus negocios. Esto es, que las sociedades son capaces de demostrar que comprenden los riesgos de su negocio y, cuando sea necesario, tienen planes para mitigarlos. En la medida que la FSA pone su confianza en las determinaciones de gobierno corporativo de las entidades, hace descansar en mayor medida la gestión de los riesgos determinados por las normas reguladoras en el equipo directivo de la entidad. En definitiva, aplica la ecuación según la cual: a firmas bien dirigidas, menor intervención del regulador⁹.

3. A modo de conclusión

La experiencia del *Financial Ombudsman Service* muestra que la Institución del *Ombudsman for Banking Services*, recibida entre nosotros como el Defensor del Cliente, DC, de las propias entidades y como el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, CDCSB, –pendiente de nombrar– tiene la capacidad de impulsar cambios de gran magnitud en la actuación *ad extra* de las entidades financieras, altamente beneficiosos para los usuarios de los servicios de éstas.

Los efectos positivos de la labor de los Defensores del Cliente de las propias entidades, podrían ampliarse considerablemente si se dotaran de mayores medios y de mejor publicidad de sus informes.

Un análisis por parte de los órganos de supervisión de las entidades financieras de las reclamaciones presentadas ante estas instituciones, DC y CDCSB, y de la respuesta a sus consideraciones desde la perspectiva del gobierno corporativo, podría facilitar un diálogo constructivo entre “el regulador” y las entidades, al efecto que al tiempo que reforzaran su gobernanza la intervención pública sobre ellas pudiera flexibilizarse. En esa coyuntura, cabría dedicar los recursos liberados del “regulador” a sectores hoy escasamente controlados, como las entidades dedicadas a la consolidación de deudas, aquellas que actúan como intermediarias en la obtención de préstamos

9. Una muestra de esta labor la encontramos en el *Informe Insurance Sector Briefing: Delivering the Tiner Insurance Reforms*, de abril 2005, accesible en http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/tiner_insurance_report.pdf (última consulta, 05.09.07).

hipotecarios o personales concedidos por entidades financieras no operantes en España, o las sociedades prestamistas que ofrecen créditos a un tipo de interés elevado, previa firma de un contrato civil¹⁰. Entidades que, en no pocas ocasiones, tienen entre sus clientes a personas con menos recursos personales –económicos a parte– que el cliente medio de las entidades financieras.

10. Sociedades todas ellas, no sometidas a la vigilancia del Banco de España, com recuerda la memoria citada del año 2005 del Servicio de Reclamaciones, en su pág. 15.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO POR DEUDAS TRIBUTARIAS

MIRÓ AYATS I VERGÉS

Profesor Asociado de Derecho Tributario

Facultad de Derecho - ESADE

Universidad Ramon Llull

JAUME BONET LEÓN

Abogado

XAVIER TRIVIÑO PRIETO

Abogado

SUMARIO

1. Introducción	307
2. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia civil y mercantil	308
3. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia laboral	311
4. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia contencioso-administrativa	316
5. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia penal	316
6. Antecedentes históricos y legislativos del levantamiento del velo en el derecho tributario.....	319
7. Análisis de los supuestos y requisitos que habilitan a la aplicación del art. 43.1.g) y h) lgt	321
8. El regimen jurídico de la derivación de responsabilidad por levantamiento del velo.....	323

1. Introducción

Una de las últimas novedades que afectan al régimen jurídico de las sociedades no ha venido de la mano de la legislación mercantil, sino del derecho tributario. Nos referimos a la incorporación de dos supuestos de levantamiento del velo por deudas tributarias que han sido incorporados a raíz de la aprobación de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre (BOE del 30-11-2006) de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. El art. 4º de esta Ley incorpora dos nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria en el art. 43.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT). El tenor literal de los mismos es el siguiente:

“Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

- g) Las personas o entidades que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con éstas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas.
- h) Las personas o entidades de las que los obligados tributarios tengan el control efectivo, total o parcial, o en las que concurra una voluntad rectora común con dichos obligados tributarios, por las obligaciones tributarias de éstos, cuando resulte acreditado que tales personas o entidades han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta como medio de elusión de la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, siempre que concurren, ya sea una unicidad de personas o esferas económicas, ya una confusión o desviación patrimonial.

En estos casos la responsabilidad se extenderá también a las sanciones.”

El objeto de este trabajo es analizar el alcance del citado precepto, indagar en algunos de los problemas que puede originar su aplicación y ver como queda configurado en relación con la abundante doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento

del velo societario que se ha dictado en otros ámbitos jurisdiccionales. Empecemos, pues, analizando cuál ha sido el contenido de esta jurisprudencia.

2. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia civil y mercantil

2.1. Definición de la teoría del levantamiento del velo

Como regla general, nuestro Derecho positivo considera que las personas jurídicas son entes autónomos distintos de los miembros que las componen. No obstante, en los supuestos en que las personas jurídicas se utilizan como medio para ejecutar actos en fraude de ley o en perjuicio de terceros, los Tribunales venían optando por inaplicar este principio general de personalidad jurídica, “*levantando el velo societario*”.

En esto precisamente ha consistido la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con fines abusivos, esto es con el objeto de burlar la Ley, quebrantar obligaciones, conseguir fines ilícitos y en general defraudar, el Juez está facultado para romper la radical separación y autonomía existente entre la persona jurídica y los miembros que la integran y, por tanto, para no aplicar el privilegio de la limitación de la responsabilidad de los socios al importe de sus aportaciones.

En definitiva, la doctrina del “levantamiento del velo” se basa en una idea esencial: no puede separarse el patrimonio de una persona jurídica y el de sus socios, cuando en realidad se trata de un único patrimonio, para conseguir un fin fraudulento (STS de 3 de junio de 2004). Esta doctrina se inicia en nuestro país con un caso de responsabilidad extracontractual y para evitar el perjuicio a terceros (STS de 28 de mayo de 1984).

Según esta sentencia “se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del C.C.) la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las sociedades o entidades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien sea utilizada como camino del fraude (art. 6.4 de CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 de la Constitución Española) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial del derecho (art. 7.2 del CC)”.

Un resumen de la doctrina jurisprudencial emanada hasta abril de 1996 se contiene en la STS de 15 de octubre de 1997. La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvelar las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la STS de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emble-

mática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces literalmente, por las sentencias de 16 de julio de 1987, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuanto tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.

Tal como dice la sentencia de 3 de junio de 1991 se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo de 1992, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su fundamento 2º, párrafo 2º).

La STS de 31 de octubre de 1996 argumenta que la teoría del levantamiento del velo –*lifting the veil*– es una creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas. Esta teoría está, hoy por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos.

2.2. Presupuestos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en la jurisdicción civil y mercantil

Si bien no existe una regulación legal en relación con los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, la jurisprudencia establece los siguientes requisitos:

- a) **Dominio de la Sociedad target por otra persona física o jurídica**, debiéndose de entender por ello la existencia de una situación de influencia dominante por parte de uno o varios socios o de terceros en la vida de la Sociedad (que no se valora únicamente por criterios de participación accionarial). Este requisito, aunque es considerado por los Tribunales como esencial para producir la extensión de la responsabilidad a los socios o terceros dominantes, debe de ir acompañado de una situación fraudulenta o de abuso de la forma social con perjuicio a terceros. Por tanto, la sola posición de dominio de unos socios o de terceros no justificaría, por sí sola, la aplicación de esta figura.
- b) **Perjuicio de terceros o fraude de Ley**. La finalidad de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo consiste en evitar, que al amparo de la forma legal, se puedan perjudicar intereses privados o públicos.
- c) **Principio de subsidiariedad**. La doctrina del levantamiento del velo debe ser aplicada como “última ratio” y por tanto sólo cuando el caso no pueda ser resuelto mediante otras instituciones tales como la simulación o la doctrina de los actos propios.

2.3. Consecuencias de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

La principal consecuencia, a nivel civil o mercantil, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo radica en la ruptura del privilegio de la limitación de la responsabilidad de los socios al importe de sus aportaciones y, por ende, la aplicación de la norma general consagrada en el artículo 1911 del Código Civil, esto es el principio de responsabilidad patrimonial universal del socio por las deudas de la sociedad.

2.4. Supuestos más habituales de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo

La doctrina española siguiendo en este punto la opinión de Embid Irujo¹ o Vicent Chulià², ha sistematizado los siguientes supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo:

- a. **Confusión de patrimonios y de esferas**, esto es cuando el patrimonio de los socios no puede distinguirse del de la Sociedad. En estos casos los Tribunales han considerado que los miembros de una sociedad no pueden alegar la limitación de la responsabilidad basada en el principio de división de los patrimonios cuando ellos mismos no lo respetan.
- b. **Insuficiencia de capital**. Se incluyen en este supuesto todos aquellos casos en los que los socios no dotan a la Sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para llevar a cabo el objeto social. En el supuesto de que esta situación se probase, el levantamiento del velo tendría como consecuencia la extensión de la responsabilidad por deudas de la Sociedad a los socios.
- c. **Dirección externa**. Este supuesto recoge aquellos casos en los que la voluntad de la Sociedad depende, por lo general, de otra sociedad que participa mayoritariamente en su capital, conduciendo a la responsabilidad de la sociedad dominante. Se refiere básicamente a los grupos de sociedades en los que existe una única voluntad rectora.
- d. **Abuso de la personalidad jurídica**. Dentro de esta categoría deben diferenciarse el abuso institucional y el abuso personal. El abuso institucional, cuyo objetivo es defraudar a los acreedores amparándose en la limitación de la responsabilidad de los socios a sus aportaciones, tiene como consecuencia la inaplicación del indicado principio de la responsabilidad limitada. Por otro lado, el abuso personal,

1. "Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo". Embid Irujo, José Miguel. España. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones.

2. VICENT CHULIÀ, FRANCISCO "Introducción al Derecho Mercantil"; ed. Tirant Lo Blanch. 19ª edición págs. 271 a 273 y págs. 658 a 664.

cuyo ejercicio tiene por objeto perjudicar a un tercero quebrantando el principio de la buena fe, deriva en la inaplicación del privilegio de la limitación.

3. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia laboral

No existe ninguna regulación en relación al tratamiento jurídico-laboral de los grupos de empresa en nuestro Derecho, si por regulación se entiende la existencia de previsión legal o reglamentaria sobre el particular. Mas si se evita una visión formalista en exceso de la “regulación” y por tal también se entiende una construcción jurisprudencial asentada y consolidada, entonces nuestro Ordenamiento seguramente tiene una de las más trabadas y persuasivas regulaciones laborales de los grupos de empresa, comparable, no en coherencia dogmática pero sí en trascendencia práctica, a las que se contemplan en las legislaciones de los escasos países que han abordado la cuestión de manera directa, como la alemana³ y la brasileña⁴. En efecto, el silencio cerrado de la norma no ha impedido el que, en punto a la asignación de responsabilidades laborales, se elaborase una importante construcción jurisprudencial que ha hecho del grupo un empresario laboral solidariamente responsable; una construcción de la que la propia jurisprudencia empieza a derivar pautas definitorias del “régimen jurídico-laboral” del grupo de empresas, como veremos, hartamente problemáticas.

Evidentemente el grupo de sociedades no puede ser empresario porque no está incluido en ninguno de los supuestos a que se refiere el ET art.1.2 pues no se trata de una persona jurídica, ni tampoco es una comunidad de bienes, pues no existe un patrimonio común organizado como comunidad; por el contrario, a cada sociedad se le atribuye personalidad jurídica y es titular de su propio patrimonio, separado del resto.

En cuanto ente sin personalidad jurídica carece de soporte patrimonial con el que responder frente al acreedor laboral, no obstante, se atribuye la condición de empresario a las sociedades que lo componen para corregir las desviaciones que pueden derivarse en el ámbito de las relaciones laborales. Los factores que justifican la extensión de la responsabilidad solidaria son: la prestación de trabajo indiferenciada; la confusión de patrimonios o caja única y, finalmente, el uso abusivo de la personalidad jurídica por el grupo que debe relacionarse con el levantamiento del velo STS de 28-6-02, RJ 10643; STS de 20-1-03, RJ 1825; STS de 3-11-05, RJ 1244/06). No es suficiente a estos efectos la mera coincidencia de alguno de los administradores o el hecho de compartir el mismo domicilio social (TSJ C. Valenciana 24-1-06, AS 1304).

3. Vid. W. DAPUBLER, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, págs. 755 y ss.

4. Vid. O. BUENO MANGAN O, “Los grupos de empresa en el Derecho del Trabajo”, REDT, 1981, núm. 6, págs. 171 y ss.; B. CRUZ LYRA, “O trabalho prestado a grupo de empresas”, en VI Jornadas Luso-hispano-brasileiras de Derecho del Trabajo, Xunta de Galicia, 1992, págs. 71 y ss.

Justamente para dar respuesta a estos problemas de disociación entre empresarios “reales” y “formales” en el supuesto de los grupos de empresa, la jurisprudencia laboral ha elaborado el “tipo” “grupo laboral de empresas”, que hace de los grupos que cumplan las condiciones del “tipo”, empresario en los términos del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, solidariamente responsable de las obligaciones laborales.

En la base de la creación jurisprudencial del “tipo” grupo de empresas está la noción reflexiva de empresario laboral y lo que la jurisprudencia llama su “atenimiento al principio de realidad”⁵: “la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociables subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir; y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad”⁶. En efecto, el atenimiento a este “principio de realidad”⁷ y a la concepción estatutaria del empresario laboral ha llevado a la jurisprudencia a trascender, en determinados supuestos, las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas que conforman el grupo para considerar al grupo entero empresario a efectos laborales y concluir la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran. En los supuestos en los que el grupo resulta ser el verdadero empresario laboral, esto es, cuando se evidencia la existencia del “tipo” grupo-empresario laboral elaborado por la jurisprudencia, ésta quiebra con el principio del respeto a las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas que lo integran, principio que sigue rigiendo con carácter general la asignación de responsabilidades laborales en los restantes supuestos de grupos de empresa. Se trata, así, de “restaurar” la correspondencia entre el empresario “real” y el “formal”, de hacer que responda como empresario laboral quien recibe la prestación de servicios de forma subordinada y por cuenta ajena⁸.

El hecho de que la jurisprudencia haya optado por una elaboración tipológica del “grupo laboral de empresas” tiene importantes consecuencias prácticas, pues lo que morfológicamente singulariza al “tipo” frente al concepto es la flexibilidad. En efecto, mientras que los conceptos están “fijados” mediante su definición normativa, de suerte que son de aplicación “sólo cuando y siempre cuando” las notas distintivas de la definición concurren en el caso concreto, los tipos no vienen definidos sino que son descritos, y las notas utilizadas en su descripción no son requisitos “sine qua

5. STS de 3 mayo 1990 (RJ 1990, 3946).

6. STS de 3 marzo 1987 (RJ 1987, 1321), STS 8 octubre 1987 (RJ 1987, 6973) y STS de 30 junio 1993 (RJ 1993, 4939).

7. STS de 31 enero 1991 (RJ 1991, 200).

8. El grupo de empresas en su aspecto laboral –ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 junio 1988 (RJ 1988, 5251)– es una figura que ha ido perfilando la jurisprudencia “con base en la expresión comunidad de bienes, recogida en el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores poniendo su acento en el concepto de unidad económica y organización unitaria generadora de empleo... aunque no vaya acompañada de una paralela unidad jurídica”.

non” para su aplicación, sino notas “típicas” que reflejan una imagen fenoménica y pueden darse en distinta medida⁹. Los rasgos definitorios de los conceptos son determinados, necesarios y constituyen un número cerrado, de suerte que al aplicarlos opera el mecanismo clásico de la subsunción. Las notas distintivas del tipo, por el contrario, son abiertas, graduables y aisladamente no constituyen por sí mismas más que indicios que cobran sentido al valorarse conjunta e interrelacionadamente, mediante un juicio de aproximación entre el tipo normativo y el caso concreto¹⁰. Las notas distintivas del tipo “grupo laboral de empresas” son las cuatro siguientes:

- a. En primer lugar, lo que la jurisprudencia define como **confusión de trabajadores**, esto es, cuando con independencia de la sociedad a la que los trabajadores aparecen formalmente adscritos éstos trabajan de manera simultánea o sucesiva indiferenciadamente para varias empresas del grupo. La existencia de una plantilla única evidenciaría la existencia de una única empresa: “La dirección del grupo... ha actuado de hecho como el verdadero empleador único... no podrían explicarse de otra manera la simultaneidad de prestaciones de servicios a varias empresas del grupo, o la frecuencia de las transferencias de unas a otra, o la disonancia que en más de una ocasión se produjo entre la adscripción formal a una empresa y la prestación efectiva de servicios en otra distinta”¹¹.
- b. En segundo lugar, **la confusión de patrimonios**, esto es, cuando entre las sociedades que integran el grupo existe un alto grado de comunicación de sus patrimonios. La existencia de una comunicación patrimonial entre las distintas sociedades de un grupo evidencia el carácter de empresa de éste: “La existencia de un patrimonio social confundido entre las sociedades demandadas que se manifiesta en el pago de deudas, cesión de titularidad de edificios y utilización de marcas comerciales, evidencia una situación de unidad empresarial”¹².
- c. En tercer lugar, **la dirección unitaria**, esto es, la actuación del grupo bajo unos mismos criterios o coordinadas, bajo un mismo poder de dirección¹³. La existencia de un único órgano rector evidencia la existencia de un único patrono a efectos laborales, que debe responder solidariamente de las obligaciones nacidas del contrato de trabajo: “Cuando diversas sociedades convergen en un fin común, aunque por razones prácticas de operatividad mantengan cada una su personali-

9. K LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona 1979, pág. 211.

10. G. DE NOVA, Il tipo contrattuale, Padua 1974, págs. 127 y 128.

11. STS de 31 enero 1991 (RJ 1991, 200).

12. STSJ Cataluña de 1 junio 1994 (AS 1994, 2534).

13. STS de 31 enero 1991 (RJ 1991, 200), STS de 22 marzo 1991 (RJ 1991, 1889), STSJ Castilla y León de 26 marzo 1991 (AS 1991, 2166), SAN de 15 julio 1993 (AS 1993, 5611), STSJ Extremadura de 30 julio 1993 (AS 1993, 3248), STSJ Castilla-La Mancha de 24 diciembre 1993 (AS 1993, 5433), STSJ Comunidad Valenciana de 1 junio 1995 (AS 1995, 2548), STSJ Cataluña de 8 febrero 1996 (AS 1996, 413).

dad jurídica propia, ha de entenderse que la realidad muestra una empresa nacida del agrupamiento de aquéllas y, como consecuencia, se impone el principio de solidaridad que descansa fundamentalmente en el de realidad”¹⁴.

- d. En cuarto lugar, **la creación de una apariencia externa de unidad empresarial**. La creación de una apariencia verosímil obliga respecto de aquellos que de buena fe aceptan esta apariencia como una realidad. Cuando como consecuencia de una actuación conjunta en el mercado se produce una apariencia externa unitaria, que induce a confusión a quienes contratan de buena fe con las empresas del grupo, éstas deben hacer frente a la solidaridad que han hecho crear¹⁵.

Como es propio del método tipológico, la aplicación al caso concreto de este elenco indiciario se hace de modo muy flexible. Normalmente el levantamiento del velo y la declaración de la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo se lleva a efecto concurriendo varios o todos los indicios expuestos¹⁶, pero ninguno parece, en sí mismo, a la luz de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, ni necesario ni suficiente para que el levantamiento en cuestión se produzca. La valoración laxa, conjunta e impresionista de los indicios reseñados es el método del que los tribunales laborales se sirven para concluir la existencia o inexistencia del grupo. En conclusión –si es qué de tal cabe hablar-, la concurrencia de todos, alguno e incluso uno de los indicios reseñados puede justificar la declaración del “grupo laboral de empresas”.

14. STS de 12 julio 1988 (RJ 1988, 5802). Cuando “las sociedades demandadas –ha dicho el TSJ de Castilla-La Mancha en STS de 24 diciembre 1993 (RJ 1993, 5433) –, aun actuando formalmente como independientes, lo hacen coordinadamente, con una dirección única, sometidas así a unos mismos dictados y coordinadas, nos encontramos ante un mismo patrono a efectos laborales con la consecuencia obviamente añadida de que las obligaciones nacidas del contrato de trabajo son exigibles no sólo de la sociedad que aparece en condición de empleador sino también de las otras que devienen cotitulares patronales en cuanto integrantes de un mismo grupo” (STSJ Castilla-La Mancha de 24 diciembre 1993 [AS 1993, 54331]).

15. Vid. STS de 8 octubre 1987 (RJ 1987, 6973) y STS de 22 diciembre 1989 (RJ 1989, 9073). Vid. asimismo STS de 31 diciembre 1991 (RJ 1991, 9243) y STSJ Asturias de 27 enero 1995 (AS 1995, 39).

16. Vid. p. ej. STS de 4 mayo 1990 (RJ 1990, 3960), STS de 11 octubre 1990 (RJ 1990, 7544), STSJ Comunidad Valenciana de 28 abril 1992 (AS 1992, 1992), STSJ Cataluña de 15 febrero 1994 (AS 1994, 570), STSJ Asturias de 25 febrero 1994 (AS 1994, 518), STSJ Galicia de 17 marzo 1994 (AS 1994, 914), STSJ Navarra de 17 mayo 1994 (AS 1994, 1935), STSJ País Vasco 17 mayo 1994 (AS 1994, 2291), STSJ País Vasco de 17 mayo 1994 (AS 1994, 2291), STSJ Cataluña de 20 octubre 1994 (AS 1994, 3869), STSJ La Rioja de 16 marzo 1995 (AS 1995, 873), STSJ Comunidad Valenciana de 26 enero 1995 (AS 1995, 357), STSJ Galicia de 28 julio 1995 (AS 1995, 2819).

Seguramente los indicios más concluyentes para los Tribunales Laborales son la confusión de trabajadores¹⁷ –no en balde está directamente conectado con la noción refleja del empresario laboral que consagra el art. 1.2 del ET y la de patrimonios¹⁸, pero así como la presencia de cualquiera de estos indicios suele comportar el reconocimiento del grupo laboral de empresas, su ausencia no excluye tal conclusión. En efecto, en ocasiones, la sola concurrencia de un indicio tan problemático como el de la unidad de dirección, que algunos consideran inherente a todo grupo de empresas¹⁹, ha bastado a nuestros tribunales para concluir la existencia de una sola empresa responsable laboral solidaria²⁰.

En realidad, el “tipo” “grupo laboral de empresas”, creado por la jurisprudencia, es un instrumento de detección de situaciones fraudulentas que se atajan “rasgando el velo” de las personalidades jurídicas diferenciadas de las empresas o sociedades que conforman el grupo y declarando la responsabilidad solidaria de todas ellas. Esta función del “tipo” se explicita a menudo en las resoluciones judiciales que fundamentan jurídicamente sus decisiones de modo genérico e impreciso. Las alusiones al “fraude de ley”, al “abuso de derecho”, al “abuso de la personalidad jurídica” se suceden en un totum revolutum en el que no hay espacio para la aplicación rigurosa de estas bien precisas categorías jurídicas²¹. “Es reiterada la doctrina jurisprudencial –ha afirmado por ejemplo el TSJ de Cataluña en S. 21 septiembre 1992 (AS 1992, 4376)– que afirma la necesidad de que el grupo de empresas haya actuado en fraude de ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independientemente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio en base al cual las empresas establezcan una trama jurídica que disfrace situaciones de hecho en las que en realidad se actúe como una sola entidad bajo la apariencia formal de distintas empresas con personalidad jurídica independiente”²². La identificación del “tipo” sobre la base de

17. Vid. STS de 31 enero 1991 (RJ 1991, 200), STSJ Cataluña de 15 junio 1993 (AS 1993, 2981), STSJ Galicia de 28 julio 1993 (AS 1993, 3429), STSJ Canarias de 10 enero 1995 (AS 1995, 235), STSJ Cataluña de 1 marzo 1995 (AS 1995, 1085), STSJ Baleares de 26 abril 1995 (AS 1995, 1719).

18. Vid. nota 15.

19. L. M. CAMPS Ruiz, “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos”, en A. BAYLOS y L. COLLADO (Ed.) Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, Madrid 1994, pág. 104.

20. Vid. p. ej. STSJ Castilla y León de 26 marzo 1991 (AS 1991, 2166), STSJ Extremadura de 30 julio 1993 (AS 1993, 3248), STSJ Comunidad Valenciana de 1 junio 1995 (AS 1995, 2548).

21. Vid. in extenso, sobre el rigor que exige el manejo de estas categorías, C. BOLDÓ RODA, Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español, Pamplona 1996, especialmente págs. 199 y ss.

22. STSJ Cataluña de 21 septiembre 1992 (AS 1992, 4376), STSJ de Cataluña 1 junio 1994 (AS 1994, 2534), STSJ Cataluña de 1 marzo 1995 (AS 1995, 1085) y STSJ Andalucía de 18 noviem-

los indicios reseñados, las más de las veces realizada laxamente por la jurisprudencia, exime a ésta de la indagación sobre la concurrencia de los requisitos configuradores del “fraude de ley”, “abuso de derecho” y “abuso de la personalidad jurídica”, de suerte que lo que era un conjunto de “indicios” de comportamientos fraudulentos se convierte, en un “tipo autónomo”, que adquiere sustantividad propia, del que puede sin más deducirse la responsabilidad solidaria de las empresas que integran el grupo. La consecuencia de esta dilución operada por la jurisprudencia de los elementos propios de estas “cláusulas generales” abundan en la dirección ya apuntada, en la tendencia expansiva del “grupo laboral de empresas”.

4. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia contencioso-administrativa

Son pocos los ejemplos de la teoría del levantamiento del velo que hallamos en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Lo relevante es, en cualquier caso, que éstos parten de la jurisprudencia civil y exigen para su aplicación la concurrencia de los requisitos expuestos anteriormente, es decir, de la existencia de un abuso del derecho de sociedades con un ánimo de defraudar a terceros o frustrar sus derechos o expectativas, así como que su aplicación debe ser únicamente una cláusula de cierre y, por tanto, sólo aplicable ante la falta de normas específicas.

5. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia penal

Para la correcta exposición del presente apartado es necesario empezar recordando que el proceso penal, “acaso más que ningún otro”, como nos recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 16-3-1993 (RJ 1993/2317), pretende descubrir la verdad histórica, por tanto, no debe extrañarnos que para ello se haya empleado la doctrina del levantamiento del velo como una hábil técnica para conocer lo que realmente subyace en el interior de las personas jurídicas, es decir, para conseguir que la verdad material prevalezca sobre la meramente formal, y todo ello con la finalidad última de tutelar del modo más eficaz posible los bienes jurídicos protegidos.

Así, la jurisprudencia penal acoge la citada doctrina y lo hace partiendo de la definición construida en el ámbito civil y, principalmente, de la recogida en la citada sentencia de 28 de mayo de 1984.

bre 1994 (AS 1994, 4285). Vid. asimismo STSJ Castilla-La Mancha de 18 diciembre 1992 (AS 1992, 6315), STSJ Aragón de 9 diciembre 1992 (AS 1992, 5914), STSJ Castilla-La Mancha de 5 abril 1993 (AS 1993, 2034), STSJ Castilla y León de 19 abril 1994 (AS 1994, 1737), STSJ Madrid de 1 marzo 1996 (AS 1996, 526).

Se pretende que excepcionalmente el principio constitucional de justicia prevalezca sobre el de seguridad jurídica. Para ello será preciso probar que la constitución de una sociedad o su utilización ha perseguido un fin fraudulento. En estos casos, los principios de equidad y buena fe permiten obviar la forma legal y adentrarse en la sociedad afectando a sus miembros, todo ello con el objetivo de evitar que el abuso de las formas jurídicas pueda perjudicar los intereses privados o públicos.

La idea básica es, en el ámbito penal, que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica propia, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que se emplea para cometer un ilícito penal. Partiendo de dicha premisa debe destacarse que la doctrina del levantamiento del velo ha tenido en el ámbito penal un doble sentido.

a. **Facilitar la determinación del autor del delito.** Este aspecto operaría respecto de la cuantificación de la deuda tributaria. Se pretende conocer el responsable del delito, el autor de los hechos tipificados como ilícito penal. En este sentido los Tribunales han considerado oportuno obviar las formas jurídicas, cuando éstas tienen una clara finalidad fraudulenta, y descubrir quién o quiénes son los verdaderos autores de los hechos delictivos.

Esta técnica se ha empleado, por ejemplo, para residenciar delitos fiscales en sede de personas físicas cuando eran aparentemente personas jurídicas las que incumplían la obligación tributaria principal del pago del tributo²³.

Como concreto ejemplo del empleo de la teoría del levantamiento del velo para desenmascarar quién es el responsable de los actos delictivos podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/2569), en la que se afirma que “las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace en la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y por ello ha admitido que los Tribunales pueden “correr el velo” tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social. (...) la teoría del levantamiento del velo establece qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas.” Todo lo cual nos

23. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 952/2006, de 6 de octubre de 2006, recurso de casación núm. 702/2005 (RJ 2006/8006). En esta se reconoce la correcta aplicación de la teoría que nos ocupa al señalar que “conforme a un material probatorio legítimo la Audiencia ha hecho un análisis riguroso para alcanzar la conclusión de que el levantamiento del velo era plenamente procedente a la vista de que la sociedad era simple apariencia o pantalla y con más razón en un área o rama jurídica, como es el Derecho punitivo, en el que rige el principio de averiguación de la verdad material.”

confirma la aplicabilidad de la teoría que nos ocupa como medio para determinar la comisión de infracciones penales.

- b. **Fijación del responsable civil subsidiario.** Esta segunda fase operaría en relación con la de recaudación en el ámbito tributario, puesto que se trata que una vez fijada la responsabilidad, asegurarse que la misma será satisfecha al acreedor.

Por lo que se refiere a la determinación de los responsables civiles subsidiarios, la técnica del levantamiento del velo ha comportado que en ocasiones dicha responsabilidad alcance a sociedades. Se ha pretendido evitar que el abuso de las formas jurídicas y el empleo fraudulento de sociedades permitiera a las personas físicas responsables resarcir los daños causados con la acción delictiva y con ello defraudar las expectativas y los derechos de los perjudicados.

En este sentido podemos destacar, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357) en la que el Alto Tribunal extiende la mentada responsabilidad a las sociedades con las que los acusados pretendieron eludir su obligación de resarcir a las víctimas del delito.

En este caso el Tribunal justifica la posibilidad de saltar por encima de la ficticia protección societaria en el hecho que es a la empresa a donde van a parar los fondos de la operación delictiva, así como que ésta es dominada por los acusados “hasta el punto que disponen de los fondos libremente y a su antojo, para satisfacer sus necesidades personales.”

- c. **Aspectos procesales: levantamiento del velo y fraude procesal.** Desde un punto de vista estrictamente procesal, resulta interesante destacar que en el ámbito penal también se ha hecho uso de la teoría del levantamiento del velo, y ello con la intención de salir al paso de alegaciones de indefensión en casos en los que se declara responsable civil subsidiario a una sociedad que no ha sido parte en el proceso.

En la práctica, considerar que la sociedad que supuestamente no pudo hacer uso de su derecho de defensa es una mera ficción y ha sido empleada con una voluntad fraudulenta, ha permitido al Tribunal Supremo entender que cuando la persona física –cuyo patrimonio se confunde con el de la sociedad– tuvo la posibilidad de defenderse, lo pudo hacer por ella misma y por la propia sociedad, es decir, permite suponer que la sociedad y la persona física son un único sujeto con interés en el procedimiento lo que impide conceder que aquélla sufrió indefensión durante el proceso²⁴.

Por lo que se refiere a los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el ámbito penal, debemos destacar que

24. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 801/2005, de 15 de junio de 2005, recurso de casación núm. 2692/2003 (RJ 2005/4995).

éstos son esencialmente idénticos a los apuntados con anterioridad en relación con la aplicación de dicha doctrina en el ámbito civil y mercantil.

6. Antecedentes históricos y legislativos del levantamiento del velo en el derecho tributario

Como hemos visto en los apartados anteriores, la teoría del levantamiento del velo societario, que consiste en la irrelevancia de la personalidad jurídica propia y diferenciada otorgada por el derecho a una sociedad, es una construcción doctrinal tendente a evitar abusos en la utilización de las formas societarias en sus relaciones económicas y empresariales. El fundamento jurídico que sostiene esta teoría consiste en dar prioridad a la real existencia de relaciones económicas sobre la mera formalidad jurídica. Prevalece el fin último económico-financiero sobre la configuración legal.

Hemos visto también que se trata de una configuración jurisprudencial que ha empezado a asentarse en nuestro acervo jurídico a partir de la década de los 80 del siglo pasado. Sin embargo, en el ámbito del derecho tributario esta doctrina ha tenido plasmación normativa desde hace años, que a pesar de haber tenido una aplicación práctica relevante, ha pasado desapercibida desde la perspectiva que estamos estudiando en estos momentos. Esta plasmación se ha centrado, fundamentalmente, en la fase de determinación de las deudas tributarias, es decir, en el momento liquidatorio, como criterio para hallar una justa y equitativa distribución de la carga tributaria. No es de extrañar esta consecuencia si tenemos en cuenta que desde tiempo inmemorial el derecho tributario ha procurado hacer prevalecer la realidad jurídica y económica sobre las meras apariencias formales, como principio básico para garantizar el principio constitucional de capacidad económica, sentado en el art. 31 CE.

Lo que si resulta más sorprendente es que en el ámbito tributario esta plasmación normativa de la teoría del levantamiento del velo societario se ha configurado como un mecanismo atemperador de la carga tributaria a soportar por el contribuyente. Caso paradigmático de lo que acabamos de afirmar es el régimen fiscal de los grupos de sociedades regulado en los arts. 64 a 82 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS), que se configura como un beneficio fiscal al que voluntariamente puede acogerse un grupo de sociedades. Algo parecido ocurría en el caso del régimen de tributación en transparencia fiscal, regulado en los arts. 65 y 72 a 74 de la Ley 40/1998, de 10 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y arts. 75 a 77 de la LIS, sistema de tributación que hacía tributar las rentas de una sociedad en sede del socio, aunque no se repartieran beneficios, con la aplicación de la tarifa progresiva del IRPF, pero que a su vez generaba un beneficio fiscal en la medida que evitaba la doble imposición socio-sociedad. Este régimen persiste en la actualidad para determinados supuestos de rentas positivas obtenidas por sociedades no residentes (art. 107 LIS y art. 92 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –en adelante LIRPF–), en este caso, como un mecanismo para evitar el abuso de los regímenes tributarios de los paraísos fiscales e incentivar la repatriación de capitales y beneficios generados en el extranjero.

Junto a estos precedentes normativos alguna sentencia aislada de los Tribunales también se había acogido, con amparo en los preceptos anti-fraude de la anterior Ley General Tributaria (en adelante LGT), a una interpretación de la norma que arrojaba unos resultados equivalentes a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Sin embargo, en el ámbito propiamente dicho de la recaudación, no existía una plasmación normativa que habilitara directamente a su aplicación. A pesar de ello, encontramos algunos precedentes jurisprudenciales recientes que reconocen su aplicación al ámbito tributario recaudatorio. En este sentido marca un hito destacado en esta tendencia la STS de 19-4-2003 (RJ 7083/2003), ponente Excmo. Sr. Gota Losada, que ha sido seguida después, con mayor o menor profundidad por las SSTS de 17-7-03 (RJ 7106/2003), ponente Excmo. Sr. Rouanet Moscardó y 31-1-2007 (RJ 1596/2007), ponente Excmo. Sr. Martín Timón.

Lo que hace la Ley 36/2006, de 29 de noviembre de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal es positivar expresamente este supuesto como un mecanismo más concedido a la Administración Tributaria para hacer efectivo el derecho a cobrar las deudas fiscales. Así se deriva expresamente de su exposición de motivos cuando argumenta: “En el ámbito de la reacción frente a las estrategias de fraude en fase recaudatoria, destaca esencialmente la tipificación legal, como supuesto de responsabilidad tributaria, de una medida antiabuso basada en la construcción jurisprudencial del levantamiento del velo. Esta medida se engarza directamente con los límites y requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado, con la única salvedad de su novedosa configuración al amparo de la autotutela administrativa, como propios de una responsabilidad subsidiaria.”

La introducción de este supuesto específico de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico tributario positivo no ha sido, durante la tramitación parlamentaria, especialmente controvertida, lo que no deja de resultar chocante si lo comparamos con el debate doctrinal que habitualmente circunda la incorporación a nuestro acervo jurídico de figuras o instituciones procedentes de ordenamientos foráneos, como es el caso del levantamiento del velo nacido en el marco del *common law*. Probablemente influya en ello, el hecho de que un Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales, de fecha enero de 2005²⁵ ya insinuaba que dentro de los mecanismos para la lucha contra el fraude fiscal en materia recaudatoria “Probablemente sean otras las medidas a implementar para hacer frente a la interposición abusiva de sociedades. Quizás pueda desarrollarse el mecanismo del levantamiento del velo en el ámbito tributario con las debidas garantías, teniendo cuidado de no

25. Informe de la AEDAF sobre el Borrador del Plan de Prevención del Fraude, Gabinete de Estudios de la AEDAF, Revista Técnica Tributaria núm. 68, pág. 214.

dinamitar de facto la teoría de la persona jurídica y sus efectos de separación de patrimonios, que con carácter general y mientras no concurren comportamientos elusorios acreditados, debe respetarse.”

Repasando brevemente la génesis parlamentaria del precepto podemos ver que la actual redacción de los apartados g) y f) del art. 43.1 LGT (salvo alguna cuestión de estilo) se hallaba ya en el Anteproyecto de Ley elaborado por la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, posteriormente aprobado por el Gobierno y después por las Cortes Generales. En el trámite de enmiendas en el Congreso de los Diputados no se presentó ninguna en relación con este precepto²⁶.

Algo más movida fue la tramitación parlamentaria en el Senado. En esta instancia el Grupo Parlamentario Popular presentó la enmienda núm. 68 en la que se proponía la supresión de ambos supuestos²⁷. La justificación de la enmienda se hallaba en que hasta la fecha el levantamiento del velo sólo se había producido por decisión judicial y con carácter excepcional, considerando que ahora se concede una facultad discrecional a la Administración que se considera excesiva e inadecuada, máxime si se tiene en cuenta que su aplicación está basada en conceptos jurídicos indeterminados (voluntad rectora común, unicidad de personas o esferas económicas, confusión o desviación patrimonial). Sin embargo, la citada enmienda no prosperó, manteniéndose la redacción que finalmente ha sido aprobada.

7. Análisis de los supuestos y requisitos que habilitan a la aplicación del art. 43.1.g) y h) LGT

Tal como están configurados los nuevos apartados g) y h) incorporados al art. 43.1 LGT como nuevos supuestos de responsabilidad subsidiaria vemos que conforman las dos caras de una misma moneda. Por un lado el apartado g) extiende la responsabilidad sobre las deudas tributarias generadas por una sociedad a los socios de la misma, sean estos últimos personas físicas o jurídicas. Contempla, pues, el supuesto típico de levantamiento del velo. Por su parte el apartado h) extiende la responsabilidad generada por una persona física o jurídica al patrimonio de las sociedades que de ellos dependan. En este segundo caso, el responsable será siempre una persona jurídica.

Ciertamente para que puedan aplicarse estos supuestos de responsabilidad es preciso que se reúnan determinados requisitos que se describen en el texto de la norma y que han de concurrir conjuntamente. Sólo cuando concurren todos y cada

26. Vide Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A, Proyectos de Ley, de 9 de junio de 2006, pág.145.

27. Vide Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VIII legislatura, serie II, Proyectos de Ley, de 21 de septiembre de 2006, pág. 81.

uno de ellos será posible en vía administrativa dictar el acuerdo de derivación de responsabilidad. Estos requisitos podemos concretarlos en:

- a. **Existencia de un control efectivo**, que ha de manifestarse en una voluntad rectora común entre el obligado tributario y la sociedad o persona responsable. Estamos ante un concepto ambiguo, de difícil concreción en muchos casos. Su aplicación no planteará problemas en el caso de las sociedades unipersonales o en aquéllas en las que una amplia mayoría del capital está controlado por la misma persona. A ello se refiere la norma cuando especifica que el control podrá ser total o parcial. No ocurrirá lo mismo en aquellas sociedades cuya participación accionarial esté diluida, aunque exista un grupo con mayor peso decisorio, o en aquéllas en que la configuración de la voluntad social está dividida. Entendemos que en estos casos no se cumpliría este primer requisito para poder aplicar la derivación de responsabilidad, porque no existe un control de una sociedad por otra, en el sentido de que la sociedad responsable carezca de voluntad propia, distinta y diferenciada de su accionista mayoritario.

La norma también prevé la existencia de una concatenación o cadena de sociedades y por ello establece que el control puede ser directo o indirecto. Lo relevante es la existencia de una única voluntad rectora, con independencia del nivel en que se halla. Sin embargo, la existencia de este control efectivo indirecto sólo se contempla en el supuesto regulado en el apartado g), que establece la responsabilidad del socio por las deudas de sus filiales. Esta mención no se halla en el apartado h), que regula la responsabilidad de les filiales por las deudas de sus socios. La conclusión que extraemos es que en este segundo supuesto el control ha de ser directo, puesto que cuando se ha querido extenderlo al control indirecto así se ha dicho expresamente tal como se aprecia en el apartado precedente del mismo artículo.

Finalmente creemos que para determinar el alcance del precepto puede ponerse en relación con los requisitos exigidos para la tributación en régimen de consolidación fiscal. Aunque no puede establecerse una relación automática y apriorística, sí que constituyen materiales exegéticos válidos para ayudar a interpretar y aplicar el alcance de los mismos.

- b. **Creación o utilización abusiva o fraudulenta de la figura societaria**. Este requisito está conectado con una finalidad concreta en la actuación del obligado tributario: ha de constituir un medio idóneo para eludir la responsabilidad patrimonial universal del deudor frente a la Hacienda Pública. Por ello es difícil de comprender como una mera filialización de bienes y actividades puede encuadrarse en este concepto, en la medida que con ello no se elude la responsabilidad patrimonial, sino que sólo se sustituyen unos activos (bienes) por otros (acciones) de valor equivalente.

Entendemos que tampoco tendría cabida dentro de este precepto los supuestos de utilización abusiva de figuras societarias para la planificación fiscal tendente a reducir la carga tributaria. Los mecanismos contemplados por el ordenamiento tributario para atajar este tipo de actuaciones que tienen incidencia en la fase de liquidación del tributo se hallan en otros preceptos (por ejemplo, art. 15 LGT

sobre conflicto en la aplicación de la norma tributaria o art. 16 sobre simulación). Mayores problemas puede comportar la existencia de precios de transferencia en operaciones vinculadas. Aunque entendemos que no sería extrapolable a este caso la definición de operaciones vinculadas para determinar la concurrencia de este régimen de responsabilidad, la existencia de precios de transferencia con la finalidad de eludir la responsabilidad patrimonial de la deudora, sí que podría constituir un indicio relevante de actuación abusiva. El problema se planteará en estos casos en la determinación de la existencia o no de un precio de transferencia. Si la Administración pretendiera acogerse a este mecanismo debería seguir el procedimiento establecido en la norma (art. 16 del Real Decreto 1777/2004 de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) a los efectos de mantener las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico en tales casos.

- c. **Existencia de unicidad de personas o esferas económicas o confusión o desviación patrimonial.** Este tercer requisito que se exige para levantar el velo societario incorpora al texto legal los requisitos objetivos que había ido delimitando la jurisprudencia para aplicar esa doctrina y vienen a objetivizar algunos indicios que denotan la existencia de una voluntad rectora común. En este punto debemos destacar que no es necesario que se den todos y cada uno de estos requisitos, ya que la utilización de la conjunción disyuntiva “o” sólo exige la concurrencia de alguno de ellos en cada supuesto concreto en que quiera utilizarse la potestad conferida.

En este sentido se exige bien que las personas que real y efectivamente tengan en poder de decisión en estas sociedades sean las mismas (unicidad de personas), bien que exista unidad de esferas económicas o confusión patrimonial (lo que incluiría la existencia de unidad de caja entre las distintas sociedades, la utilización indistinta de los bienes de una y otra, etc), bien que se haya producido una desviación patrimonial, extremo este último que podría rayar ya en ilícitos penalmente reprobables (delito de alzamiento de bienes). En cualquier caso, creemos que podemos avanzar que para concretar el alcance de estos requisitos será útil la doctrina sentada por los Tribunales en los últimos años en otras jurisdicciones

8. El régimen jurídico de la derivación de responsabilidad por levantamiento del velo

En cuanto al régimen jurídico de estos nuevos supuestos de responsabilidad, la norma los considera como de responsabilidad subsidiaria. Ello equivale a decir que la Administración debe dirigirse en primer lugar contra el obligado tributario deudor principal y, en su caso, contra los responsables solidarios que pudieran existir para intentar cobrar la deuda tributaria. Sólo en el caso de insolvencia de todos ellos (insolvencia que puede declararse en vía administrativa mediante el correspondiente acuerdo de declaración de fallido –art. 41 LGT-) podrá la Administración Tributaria iniciar el procedimiento contra el responsable subsidiario (art. 176 LGT). Los trámites a cumplimentar y el procedimiento a seguir por la Administración a tal efecto se

regulan en el art. 174 LGT y art. 124 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

Hemos de reconocer que el Legislador ha sido prudente al tipificar este tipo de responsabilidad como subsidiaria, puesto que la jurisprudencia del TS dictada en los últimos años había aplicado la doctrina del levantamiento del velo con carácter solidario²⁸. Sin embargo, creemos que ello era así por la excepcionalidad de los casos objeto de análisis en las citadas sentencias, excepcionalidad que se reconoce expresamente, por lo que no resulta procedente generalizar su contenido ya que los supuestos contemplados en el art. 43.1.g) y h) son mucho más amplios.

Consecuencia del carácter subsidiario de este tipo de responsabilidad es el alcance de la misma. El art. 43.1.g) y h) extiende la responsabilidad a las obligaciones tributarias y a las sanciones. El concepto de obligación tributaria es sumamente amplio e incluye no sólo las prestaciones pecuniarias (arts. 19 y 25 LGT) sino también las obligaciones formales (art. 29 LGT). La responsabilidad a que se refiere este precepto alcanza sólo a las obligaciones pecuniarias, puesto que el citado precepto ha de ponerse en relación con el art. 41 LGT que regula con carácter general el régimen de responsabilidad y lo constriñe al pago de las deudas tributarias. Pero es más, la citada responsabilidad tampoco alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria impagada originada por el deudor principal. El párrafo 3º del art. 41 LGT es claro al especificar que la responsabilidad sólo alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria exigida en período voluntario. Ello implica que no puedan derivarse los recargos del período ejecutivo que hubieran podido imponerse el deudor principal, ni tampoco los intereses de demora por no haber ingresado la deuda tributaria dentro del período voluntario de pago.

Asimismo debemos denunciar la incoherencia que representa la exigencia de una responsabilidad subsidiaria con el supuesto de responsabilidad contemplado en el apartado h). En efecto, este supuesto contempla una duplicidad de garantías (una misma base económica responde por una dualidad de vías) ya que de las deudas del socio responden tanto las propias acciones que se hallan en el patrimonio del socio, como los activos individualmente considerados que configuran el patrimonio de la sociedad filial. Lo que se consigue con este supuesto es reducir el valor del patrimonio directamente en manos del obligado tributario deudor principal, ya que se genera una deuda en la sociedad participada, lo que implica disminuir el valor de las acciones del socio. Además se podría generar una situación de inseguridad jurídica para el comprador de las acciones en el hipotético supuesto de que pudiera derivarse la responsabilidad en estos casos, extremo más que dudoso, puesto que

28. En este sentido es ilustrativa la STS de 19-4-2003 (RJ 7083/2003) ponente Excmo. Sr. Gota Losada citada más arriba, en cuyo FJ 4º argumenta: "...la simple superación de la personalidad jurídica societaria lleva a la fundada conclusión de que las dos sociedades han sido la misma, porque su sustrato personal es el mismo, D. Mauricio, por tanto la segunda responde solidariamente de las deudas tributarias de la primera, pues es el mismo sujeto pasivo obligado, en consecuencia, *in solidum*..."

no está previsto en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo de información de las contingencias tributarias que puede llegar a asumir la sociedad filial.

También constituye una cuestión compleja y controvertida la derivación de responsabilidad de las sanciones que expresamente contempla el art. 43.1.g) y h). Nosotros consideramos que esta extensión de la responsabilidad no puede darse siempre, ni de forma automática. En efecto, el ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado obedece a unos principios, que se configuran como límites infranqueables para el ejercicio de su potestad, entre los que se encuentra el de personalidad de la pena o sanción. Sólo puede ser sancionado y responder de la sanción aquel sujeto que ha realizado una actuación tipificada como infracción tributaria. Exigir una sanción a quien no ha cometido ni ha participado en la comisión de una infracción es inconstitucional. Desde esta perspectiva consideramos que sólo sería lícito derivar las sanciones cuando exista identidad total entre socio y sociedad responsable, pero resultaría mucho más incierto en el caso de derivación de responsabilidad a sociedades participadas por varios socios que no tienen implicación alguna en la comisión de infracciones tributarias, ni en la decisión de entorpecer el cobro de las deudas tributarias ya que no tienen el control sobre la sociedad responsable.

También plantea problemas la derivación de sanciones desde la perspectiva de la fundamentación de la institución. Los Tribunales de Justicia han justificado el levantamiento del velo alegando que constituye un mecanismo para salir al paso de posibles fraudes de ley (art. 6.4 CC y art. 24 de la LGT de 1963) o abusos en la aplicación de la norma tributaria (art. 7.2 CC y art. 15 de la actual LGT). Pues bien, como mínimo en el ámbito tributario se ha considerado que estas figuras no constituyen infracción tributaria y, por tanto, no pueden llevar aparejada imposición de sanciones, por lo que resulta difícil de comprender porque mediante este mecanismo se puede derivar la responsabilidad de las sanciones a un tercero. A mayor abundamiento y en línea con la enmienda presentada por el Grupo Popular, hemos de destacar que la tipificación de los supuestos que permiten derivar la responsabilidad está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que sea difícil definir los contornos entre lo que es lícito e ilícito. Y en este sentido no podemos dejar de recordar que el Consejo de Estado²⁹ en su dictamen al Anteproyecto de actual LGT ya había dicho que la incorporación de excesivos conceptos jurídicos indeterminados deja un margen de apreciación excesivamente amplio e impreciso que no permite cumplir con las exigencias del principio de *lex certa*, elemento fundamental para exigir sanciones.

Otra de las cuestiones que suele plantear problemas en estos supuestos es la distribución de la carga de la prueba. En la medida que estos nuevos supuestos de derivación de responsabilidad implican, como hemos visto, una doble limitación de principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, hemos de concluir que corresponde probar los hechos constitutivos del mismo a la parte que alega y solicita su aplicación. En estos casos corresponderá a la Administración tributaria la carga de

29. Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 2003. Referencia 1403/2003

la prueba de la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley, en virtud de los principios generales probatorios. Sin embargo, en este caso, además de la prueba por parte de la Administración de la concurrencia de los requisitos objetivos, de la dicción de la propia normativa se deriva la necesidad de probar también un requisito subjetivo consistente en acreditar que la creación o utilización de la sociedad responsable se ha hecho abusiva o fraudulentamente para la eludir la responsabilidad patrimonial universal del deudor principal. La prueba de este elemento subjetivo es sumamente difícil y vislumbramos que la Administración tributaria puede encontrarse con unos problemas parecidos a los que tuvo que afrontar para poder probar la existencia de fraude de ley previsto en el art. 24 de la anterior LGT de 1963, en el que se exigía la voluntad de eludir el pago del impuesto. La prueba administrativa de la concurrencia de este requisito se deberá producir primordialmente por la vía de indicios o de las presunciones, ya que es complicada la prueba directa. Intentando avanzar en esta línea, e incorporando a esta labor exegética los nuevos principios del *business purpose plan* que poco a poco se van abriendo camino en nuestro sistema tributario, podríamos decir que en la medida en que la creación de una sociedad persigue un objetivo empresarial con sustancia propia, no se cumpliría este requisito subjetivo. Es decir, frente a la prueba indiciaria o presuntiva aportada por la Administración relativa a unos efectos elusivos en la creación o utilización de una sociedad, el obligado podrá oponer la existencia de un motivo económico válido para su creación.

Finalmente, también plantea problemas de aplicación el régimen transitorio. ¿Puede aplicarse el contenido del art. 43.1.g) y h) a hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2006? La respuesta la hallamos en la disposición transitoria 4ª de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal³⁰ en la que se especifica que sólo podrá exigirse esta responsabilidad cuando los presupuestos de hecho determinantes de la misma concurren a partir de la entrada en vigor de la Ley. En este sentido la inexistencia de retroactividad es respetuosa con el principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE y con el propio carácter excepcional del supuesto de responsabilidad que no puede aplicarse de forma extensiva, ni en su contenido específico, ni en su ámbito de aplicación temporal.

30. Destacar que esta disposición transitoria ha sido modificada por la corrección de errores publicada en el BOE de 8 de marzo de 2007, pág. 9929. La modificación se centra sólo en rectificar la errónea referencia al apartado cuatro del artículo quinto de aquella Ley, cuando lo correcto era referirse al apartado cinco del artículo quinto.

LOS TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

MARTA GISBERT POMATA
Profesora Propia Adjunta de Derecho Procesal
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Introducción	329
2. Estructura procedimental: las secciones	331
3. Incidente concursal.....	337
4. Recursos.....	339
5. Conclusión.....	341

1. Introducción

En el análisis general de los aspectos procesales de la actual Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio¹, debemos referirnos, primeramente, a los principios inspiradores del texto legal, y, en concreto, en la opción legislativa por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema². El informe emitido por el Consejo General del Poder

1. En el ámbito del Derecho procesal concursal debe tenerse en cuenta, además de la propia Ley, los trabajos que se están llevando a cabo en el seno de la Unión Europea, en aras a una mayor colaboración entre los Estados miembros y en vistas, incluso, a una futura hipotética uniformidad (Como expone BELTRÁN SÁNCHEZ, en "El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia", en *Tribunales de Justicia*, abril 2001, págs. 31-43: "En el ámbito de la Unión Europea la unificación del Derecho concursal constituye, como es sabido, una de las asignaturas pendientes en la formación de un mercado único"), en los casos de insolvencia de empresas, con efectos económicos en los distintos Estados de la Unión, de los que son claro ejemplo el Reglamento nº 1346/2000 de fecha 29 de Mayo de 2000 del Consejo (publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del día 30 de junio, sobre procedimientos de insolvencia con entrada en vigor el 31 de Mayo de 2002.), y el Reglamento nº 1348, de la misma fecha que el anterior, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (publicado en el mismo Diario Oficial que el de la nota anterior y con entrada en vigor el 31 de Mayo de 2001.), que tiene clara y contundente aplicación sobre los procesos concursales seguidos en algún Estado miembro, en relación a los efectos de dicho procedimiento respecto de los restantes Estados (En esta materia es de interés, CASTILLO MARTINEZ, "La nueva Ley Concursal española en el marco de la armonización del Derecho Europeo: el principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso", *Actualidad Civil*, nº 33, 8 al 14 de septiembre de 2003, págs. 885-905).

2. V. el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal. Y, en general, sobre los principios que deben imperar en el Derecho concursal, v. YAÑEZ VELASCO, "Notas sobre los principios del Derecho concursal en atención a una futura reforma legal", *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre 2000, pag. 13.368.

Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la reforma concursal³ declaraba que “la unidad legal tiende a la regulación en un solo texto de los aspectos materiales y procesales del concurso”, por tanto, con su entrada en vigor quedaron derogadas las transitoriamente subsistentes normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; “la unidad de disciplina se refleja en la superación de la diversidad de instituciones concursales” y, finalmente, “la unidad de sistema pretende una unidad procedimental en el tratamiento del concurso”, se instaura un solo procedimiento, una vez que se acredita el presupuesto objetivo del concurso –también único, la insolvencia-, pero dentro de este cauce procesal caben diversas soluciones para resolver la situación del deudor. Hay un procedimiento solo pero su flexibilidad le permite adaptarse a diversas situaciones y propiciar soluciones diferentes: convenio o liquidación⁴.

Por tanto, debemos partir de la idea general de que la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante LC), unifica conceptos y procedimientos.

En términos generales el proceso concursal consta de dos grandes fases⁵: la primera fase del proceso es común para cualquier supuesto y la segunda se bifurca según la situación del deudor.

El C.G.P.J. en su Informe al Anteproyecto manifestaba, en términos generales, que: “Las particularidades del procedimiento concursal requieren que sea configurado como un procedimiento de ejecución especial, ajustado a las exigencias de agilidad, capacidad y margen de gestión patrimonial, proximidad e intermediación del Juez, que se acomode, tanto a las finalidades esenciales del procedimiento, como a las necesidades que resultan prioritarias a lo largo de cada una de las fases de la tramitación. De ello debería resultar un procedimiento de ejecución especial, lo más simplificado posible, en el que la tramitación escrita se reduzca a lo esencial...pero sin

3. Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y al Anteproyecto de Ley Concursal, en su reunión de fecha 6 de noviembre de 2001.
4. SCOTTO DI TELLA MANRESA, en su trabajo “Los juzgados de lo mercantil en el marco de la Ley Concursal”, *La Ley*, nº 5852, de 18 de septiembre de 2003, entiende que “junto a esta declaración de principios existe un cuarto principio relativo a la unidad de tratamiento competencial a través de la creación de los Juzgados de lo Mercantil”.
5. Téngase en cuenta, respecto del procedimiento, que conforme a la Disposición Final Quinta: “En lo no previsto en esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma. En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso”. Y la Disposición Final Sexta: “La intervención de los Secretarios Judiciales en la ordenación formal y material y en el dictado de resoluciones en los procesos concursales, así como la interpretación que en cada caso deba hacerse cuando se suscite controversia en esta materia, se ajustará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

que el procedimiento, por su formalización excesiva, prolongue innecesariamente el concurso, contribuyendo a incrementar sus costes y a disminuir no solamente las posibilidades de recuperación de la empresa, cuando ésta sea posible, sino también, a través del crecimiento de las deudas de la masa, las posibilidades de resarcimiento de los deudores para el caso de liquidación. El predominio de la oralidad y la concentración, por su parte, no merman necesariamente las posibilidades de defensa, sino que, al contrario, aseguran en mayor medida que llegue al juzgador el conocimiento directo de la materia y de las alegaciones hechas por las partes, siempre que se aseguren adecuadamente las posibilidades de aporte documental y pericial, especialmente contable, que son esenciales en procesos de esta índole”.

2. Estructura procedimental: las secciones

En cuanto a la tramitación del concurso, existe una *fase común* que se abre con la admisión a trámite de la solicitud y concluye cuando la administración concursal presenta un informe sobre el estado patrimonial del deudor al que se adjunta el inventario y la lista de acreedores. Esa fase común desembocará o bien en el convenio o bien en la liquidación.

Declarado el concurso por el Juez de lo Mercantil, conforme establece el art. 183 de la LC, el procedimiento se dividirá en seis Secciones, que abrirán cuantas piezas separadas sea necesarias o convenientes⁶. Por ello, al igual que ocurría en la quiebra, puede decirse que el concurso es un procedimiento con características especiales, ya que no estamos ante un procedimiento de desenvolvimiento único sino de desenvolvimiento simultánea, “en hilos distintos de tramitación que incluso se documentan por separado”, por lo que la división en piezas se extiende a todo el desarrollo del procedimiento⁷.

6. Existe una jurisprudencia de hace más de medio siglo que entiende que la división del juicio de quiebra no rompe la unidad procesal: a modo de ejemplo, v. STS de 9 de noviembre de 1950. En cuanto a la terminología empleada y la estructura establecida, conviene recordar que la L.E.C. de 1881, en los arts. 1321 y 1322 dividía el procedimiento de quiebra en cinco piezas separadas, y cada una de éstas en eventuales ramos, siendo el término secciones también utilizado para segmentar los preceptos desde el art. 1323 en adelante, coincidiendo con las citadas piezas. Por tanto, la “pieza” de antaño (también “sección” de articulado para las quiebras de 1881) se convierte en “sección” sin más, y el antiguo “ramo” es ahora “pieza”; con independencia de que la estructura articulada de la LC utilice a menudo, junto con los Títulos y Capítulos, las Secciones, que no deben confundirse con las antes dichas.

7. V. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 4ª edic. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro ARAGONESES, edit. Civitas, Madrid, 1998, pág. 452. Ahora bien, y como expone MALDONADO RAMOS, en “Panorama de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Procesal*, núms. 1-3, 2003, págs. 409-450, pag. 443: “Lo que quizá no pueda afirmarse ya es que el nuevo concurso sea considerado, al igual que se hacía en relación con la quiebra, como un pro-

Ahora bien, conforme al art. 190 de la LC, el Juez podrá aplicar un procedimiento especialmente simplificado, recogido en el art. 191, cuando el deudor sea una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, esté autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no supere un millón de euros. En cualquier momento de la tramitación de un concurso ordinario en el que quede de manifiesto la concurrencia de los requisitos señalados, el Juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, ordenar la conversión al procedimiento abreviado sin retrotraer las actuaciones practicadas hasta entonces. También podrá, con idénticos presupuestos y efectos, ordenar la conversión inversa cuando quede de manifiesto que en un procedimiento abreviado no concurre alguno de los requisitos exigidos.

Acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en la presente ley se reducirán a la mitad, redondeada al alza si no es un número entero, salvo aquellos que, por razones especiales, el Juez acuerde mantener para el mejor desarrollo del procedimiento. En todo caso, el plazo para la presentación del informe por la administración concursal, será de un mes a contar desde la aceptación del cargo y sólo podrá autorizarse una prórroga por el Juez del concurso no superior a quince días. En el procedimiento abreviado la administración concursal estará integrada por un único miembro de entre los previstos en el número 3 del apartado 2 del art. 27, salvo que el Juez, apreciando en el caso motivos especiales que lo justifiquen, resolviera expresamente lo contrario.

Centrándonos en el procedimiento concursal propiamente dicho, pasemos a referirnos a las distintas Secciones en que se estructura:

Sección Primera:

Comprende lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común y, en su caso, a la reapertura del concurso.

En esta sección, podrían abrirse piezas separadas a fin de tramitar, entre otros:

- La oposición al auto de declaración de concurso.
- Los incidentes de acumulación de pleitos pendientes.
- Para ocupar bienes, libros, papeles y correspondencia.
- La oposición de acreedores a la declaración de concurso.

ceso de ejecución general o universal..., pues la Ley Concursal no contempla la liquidación sino el convenio como resultado normal del concurso. Por eso se aproxima más a la naturaleza jurídica de la suspensión de pagos...”, GUASP define la suspensión de pagos como “proceso de eliminación que tiene por objeto una pretensión de rebaja o aplazamiento de los créditos por parte de un deudor mercantil con relación a sus acreedores” (en *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 404.).

- Las enajenaciones o arrendamientos de fincas, antes o después de la administración concursal.

Sección Segunda:

Comprende todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

Se podrían abrir piezas separadas si se produce, entre otras:

- Examen e impugnación de cuentas del depositario.
- Impugnación del nombramiento de administradores concursales.
- Reclamaciones de los acreedores contra los administradores.
- Repetición de los acreedores o del concursado contra los administradores por los daños y perjuicios que hubieren causado a la masa, por fraude, malversación, etc.
- Rendición de cuentas periódicas y definitivas.

Sección Tercera:

Comprende lo relativo a la determinación de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción, a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa, al pago de los acreedores y a las deudas de la masa.

Se abrirán piezas separadas para tramitar, entre otras:

- Las demandas de rescisión y demás impugnaciones de actos perjudiciales para la masa activa.
- La petición del cónyuge del concursado de disolver la sociedad o comunidad conyugal.
- La oposición a la decisión denegatoria de la administración concursal de entregar a sus legítimos titulares los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención.

Sección Cuarta:

Comprende lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos.

En esta Sección se incluirán, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

Cabe también plantearse como piezas separadas, entre otras:

- La formada para completar la justificación de los créditos que la Junta haya dejado pendientes de reconocimiento hasta Junta de Graduación.
- El reconocimiento de créditos de acreedores morosos.
- La transacción de los pleitos pendientes que interese al concurso.

Sección Quinta:

Comprende lo relativo al convenio o, en su caso, a la liquidación.

Cabe plantearse como pieza separada, por ejemplo, la necesaria para sustanciar la impugnación que se haga al acuerdo de la Junta o del Juez sobre reconocimiento. Se abrirá una pieza para cada impugnación.

Sección Sexta:

Comprende lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Directamente no se prevé ninguna pieza, pero ciertos casos concretos aconsejarían su formación, por ejemplo, aparecen especialidades procesales si existe intervención administrativa (art. 175.1), donde abierta la etapa de calificación, la LC determina una "sección autónoma" (art. 174.2), formada sin previa declaración de concurso.

Por otra parte, el art. 167.2.2º LC prevé pieza separada y tramitación autónoma⁸.

A continuación de establecer las Secciones en que se divide el procedimiento concursal, la Ley regula diversos aspectos generales del procedimiento en los siguientes términos:

- En todas las Secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales.

El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores.

En la Sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal. El art. 4 de la LC regula su intervención en los siguientes términos: "Cuando en actuaciones por delitos

8. El art. 167.2.2º dice: "Cuando se hubiera formado la Sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el nº 1 del apartado 1 del art. 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar: 1º Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la Sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución; 2º En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este Capítulo que le sean de aplicación".

contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio fiscal instará del Juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al Juez de lo Mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del Juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan⁹. En general, se le debe configurar como una parte procesal mas limitada y concretada a unas determinadas actuaciones, y nunca colocada entre medias del órgano judicial y el resto de partes⁽⁹⁾.

- Respecto de la postulación (art. 184), en general, es preceptiva. El deudor actuará siempre representado por Procurador y asistido de Letrado sin perjuicio de lo establecido en el apartado 6 del mismo artículo que exponemos:

“Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por Procurador y asistidos de Letrado. Sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, así como asistir e intervenir en las Juntas.

Cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por Procurador y asistidos de Letrado⁹.

Destacar que los administradores concursales serán oídos siempre sin necesidad de comparecer en forma, pero cuando intervengan en recursos o incidentes deben hacerlo asistidos de Letrado, que, como regla general, la dirección técnica de estos recursos se entenderá incluida en las funciones del Letrado miembro de la administración concursal¹⁰.

- Respecto del domicilio del deudor, si no se conociere o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en el art. 156 de la L.E.C.

Si el deudor fuera persona física y hubiera fallecido se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la L.E.C. (arts. 16 a 18 LC).

9. V. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, II, cit., págs. 342 y 435.

10. Todo lo expuesto en el art. 184 se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los Graduados Sociales y a los Sindicatos, y de las Administraciones Públicas en la normativa procesal específica.

Cuando se trate de persona jurídica que se encontrare en paradero desconocido el Juez podrá dirigirse a los Registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas.

Cuando el Juez agotara todas las vías para emplazar al deudor podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión.

- Conforme al art. 185, los acreedores no comparecidos en forma podrá solicitar del Juez el examen de aquellos documentos o informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos, acudiendo para ello a la Secretaría del Juzgado personalmente o por medio de Letrado o Procurador que los represente, quienes para dicho trámite no estarán obligados a personarse.
- El impulso procesal será de oficio (art. 186). El Juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva. Durante la tramitación del procedimiento, los incidentes no tendrán carácter suspensivo, salvo que el Juez, de forma excepcional, así lo acuerde motivadamente.

Cuando la Ley no fije plazo para dictar una resolución judicial, deberá dictarse sin dilación.

- El Juez del concurso puede, conforme al art. 187, habilitar días y horas necesarias para la práctica de las diligencias que considere urgentes en beneficio del concurso. También podrá realizar actuaciones de prueba fuera de su competencia territorial, poniéndolo previamente en conocimiento del Juez competente, cuando no se perjudique la competencia del Juez correspondiente y venga justificado por razones de economía procesal.
- El procedimiento para decidir sobre solicitudes de autorizaciones judiciales se recoge en el art. 188, por ejemplo, para nombrar al experto independiente a que se refiere el art. 83.

La solicitud se formulará por escrito. Se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones un plazo de igual duración, pero no inferior a tres días ni superior a días, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. Finalmente, el Juez resolverá la petición mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.

- Y el art. 189 se dedica a las cuestiones sobre prejudicialidad penal ya comentadas anteriormente al tratar los Juzgados de los Mercantiles.

Finalmente, mencionar la novedad que recoge la Ley sobre la creación de un Registro de Resoluciones concursales (art. 198), para llevar un registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o habilitación de los administradores con-

cursores cuando la Ley lo establezca. Se deberá esperar a que reglamentariamente se articule un procedimiento para que el Ministerio de Justicia asegure dicho registro.

3. Incidente concursal

Ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, en diferentes ocasiones, la existencia dentro del proceso concursal, del llamado “incidente concursal”¹¹. A través de él se ventilan todas las cuestiones que se suscitan durante el concurso y no tienen señalada otra tramitación¹². También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ejercitarse ante el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del art. 51. Destaca que la LC expresamente establece que no se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad, disposición ésta que refuerza la posición de los administradores concursales frente al concursado¹³.

Los incidentes concursales no suspenden el procedimiento de concurso¹⁴, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte, de este modo se intenta evitar entorpecer el desarrollo normal de cada una de las seis piezas concursales, y aunque cabe interponer recurso de apelación contra la inadmisión (art. 194.1 de la Ley), ésta lo será en “un solo efecto” –expresión suprimida, por cierto, de la vigente L.E.C.–.

En cuanto a los legitimados, en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquéllas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora (deudor, administradores concursales, Fondo de Garantía Salarial cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores, Ministerio Fiscal en la sección de calificación, acreedores y cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso –por ejemplo, el cónyuge o los hijos del concursado o los trabajadores de la empresa).

Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria. Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán

11. Se recoge en los arts. 192 a 196 de la LC.

12. Desde la Exposición de Motivos de la LC se configura el incidente concursal como pieza básica del concurso.

13. En el mismo sentido, MALDONADO RAMOS, en su trabajo cit., pág. 445.

14. Art. 192.2 de la Ley.

que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el Juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

Respecto del procedimiento a seguir¹⁵, primeramente debe destacarse que la Ley regula dos tipos de incidentes concursal. Por un lado, el que se podría llamar incidente concursal común; y, por otro lado, el denominado incidente concursal laboral, ceñido a las acciones de los trabajadores vinculadas a la relación jurídica individual, en materia de modificación de condiciones sustanciales de trabajo y suspensión o extinción colectiva de la relación laboral y que responde a la necesidad de dar entrada en el procedimiento concursal a las especialidades y principios propios del proceso laboral (inmediación, oralidad, concentración y celeridad, recogidos en el art. 74 de la Ley de Procedimiento Laboral, y los de tutela y no imposición de costas al trabajador¹⁶.

Centrándonos exclusivamente en el primero de ellos, el incidente concursal común, éste comienza por demanda que debe revestir la estructura, requisitos y contenido que marca la L.E.C. para las demandas, en general, en el art. 399. A continuación, si el Juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión, dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda¹⁷. Contra esta decisión cabe recurso de apelación en los términos establecidos en el apartado 1 del art. 197.

Si por el contrario admite a trámite la demanda incidental, que hará por providencia, emplazando seguidamente a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas, en el plazo común de diez días se podrá contestar a la misma en los términos del art. 405 de la L.E.C. Es posible el silencio del demandado incidental, que no impedirá proseguir hasta la vista y su resolución.

A continuación se seguirá el trámite del juicio verbal de la L.E.C. y se dictará sentencia en un plazo de diez días (art. 196.1 LC). Las costas del incidente obtienen regulación a través de la L.E.C. lo que comporta la aplicación de las reglas del venci-

15. MALDONADO RAMOS, en su trabajo cit., pág. 445, califica la tramitación de este procedimiento como "híbrido entre la del juicio ordinario y la del juicio verbal de la actual L.E.C."

16. El art. 195 desarrolla los trámites de este incidente. La demanda se formulará de acuerdo con el art. 437 de la LEC para los juicios verbales. Admitida se señalará vista dentro de los diez días siguientes. El incidente finalizará con sentencia que deberá ser dictada dentro de los diez días siguientes al de la finalización de la vista (art. 196.1) que será recurrible en suplicación. Y el art. 196.3 determina que la sentencia que recaiga en este incidente se regirá en materia de costas por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral.

17. Obvia decir que puede no corresponderle ninguna, sea por haberse ya resuelto, sea por reiterar el contenido de un recurso desestimado e irrecurrible, o simplemente por plantear algo completamente absurdo.

miento objetivo y serán inmediatamente exigibles, una vez firme la sentencia, con independencia del estado en que se encuentre el concurso.

Por último, el art. 196.4 de la Ley dispone que “una vez firmes, las sentencias que pongan fin a los incidentes concursales producirán efectos de cosa juzgada”.

4. Recursos

Al sistema de recursos le dedica la Ley el art. 197¹⁸.

Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que la propia Ley excluya todo recurso o se otorgue otro distinto). Cabe, por ejemplo, recurso de reposición contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso voluntario (art. 14.3) y contra los pronunciamientos a que se refiere el art. 21.1 (relativo a los efectos que produce la declaración del concurso) del auto de declaración del concurso necesario (art. 20.1). Sin embargo, no cabe recurso alguno contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales (art. 39) y contra el pronunciamiento del auto que estime o desestime la solicitud de concurso necesario cabe recurso de apelación en vez de reposición (art. 20.2).

Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación correspondiente siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días.

Contra las sentencias que aprueben el convenio, o las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente, y en la forma prevista para las apelaciones de sentencias dictadas en juicio ordinario¹⁹. De modo diferente a la actual L.E.C. que generaliza la apelabilidad de los autos definitivos además de las de las sentencias, en el ámbito concursal la regla se reduce sólo a las sentencias. Sin embargo, a lo largo del articulado de la Ley encontramos algún supuesto de resolución judicial apelable. En general, se puede recurrir en apelación, además de los supuestos que recoge el art. 197.4 de la Ley, contra:

- a) Auto estimatorio o desestimatorio de la solicitud de concurso (art. 20.2).

18. Se establece una remisión general a la L.E.C. respecto de la sustanciación de los recursos que la LC permite, con las modificaciones que la propia Ley señala y que citamos a continuación.

19. De forma errónea la Ley da a entender que en la L.E.C. existen diferentes procedimientos del recurso de apelación, según se trate de sentencias dictadas en el juicio ordinario o en el juicio verbal. Siendo así que el procedimiento es el mismo en cualquier caso, al haber unificado la nueva L.E.C. la diversidad procedimental que existía en la L.E.C. de 1881. Sobre el recurso de apelación en la L.E.C. v. ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles*, edit. Thomson-Cívitas, Madrid, 2003.

- b) Auto que fija la cuantía de la retribución del Administrador concursal (art. 34.5).
- c) Resolución que sanciona al Administrador concursal con la pérdida de remuneración y devolución de lo percibido por no presentar el preceptivo informe en plazo (art. 74.3).
- d) Resolución que sanciona la inasistencia a la Junta de Acreedores por parte de la Administración concursal (art. 117.1).
- e) Sentencia estimatoria de la oposición por infracción legal al contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 129.3).
- f) Sentencia que resuelve el incidente concursal sobre incumplimiento del convenio (art. 140.3).
- g) Auto que aprueba el plan de liquidación (art. 148.2).
- h) Sentencia de calificación (art. 172.4).

El Juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente al admitir el recurso de apelación la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los diez días siguientes a la recepción de los autos por el Tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno.

Debe destacarse que aprovechando esta nueva LC, el legislador ha introducido una importante reforma en la tramitación del recurso de apelación en la L.E.C. En la Disposición Final Tercera se recoge la modificación del art. 463.1 de la L.E.C., estableciendo el emplazamiento de las partes ante el órgano "ad quem" "en el término de treinta días", se trataba de una inexplicable carencia dentro del recurso de apelación²⁰.

Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la L.E.C., contra las sentencias dictadas por las Audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta: de reintegración, en materia de reconocimiento de créditos y de impugnación del inventario o de la lista de acreedores. Ahora bien, es preciso que en todos estos casos se encuentren, además, en alguno de los supuestos del art. 477 L.E.C.: el primero de ellos, vinculado a procesos de protección de derechos

20. V. ARAGONESES ALONSO y GISBERT POMATA, *La apelación en los procesos civiles*, cit., págs. 483-494 y MAGRO SERVET, "La reforma concursal como vía legislativa para resolver la falta de emplazamiento del recurso de apelación en la Ley procesal civil", *Diario La Ley*, nº 5451, de 2 de enero de 2002, págs. 1-4.

fundamentales, que excluye tanto el art. 24 CE como el derecho de rectificación, no puede ser de aplicación a el proceso concursal; el segundo se refiere a procesos determinados por razón de la cuantía y el proceso concursal se define por razón de la materia; y, n cuanto al último supuesto, el interés casacional, quizás sea el único aplicable al proceso concursal.

Finalmente, por lo que se refiere a los recursos contra las resoluciones de carácter laboral, y siempre sin efecto suspensivo, cabe el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente contra las sentencias dictadas en materia laboral en el incidente concursal y se permite el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia que resuelva el recurso de suplicación (art. 197.7 LC).

5. Conclusión

El 9 de julio de 2003 culminó la esperada reforma de la legislación concursal con la aprobación de la actual Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio y de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, creándose los Juzgados de lo Mercantil.

Tras unos pocos años de andadura, si podemos decir sin duda alguna que la actual Ley puso fin a la dispersa y arcaica normativa que recogía la legislación aplicable a esta materia²¹ y todo ello independientemente de los trabajos que se están llevando a cabo en el seno de la Unión Europea, en aras a una mayor colaboración entre los Estados miembros y en vistas, incluso, a una futura hipotética uniformidad. Si bien es cierto que, como toda nueva Ley, no está exenta de múltiples problemas prácticos, a los que se enfrentan día a día los profesionales del Derecho y que bien puede ser objeto de otro extenso trabajo.

21. La Ley de Suspensión de Pagos de 1922, promulgada con carácter provisional y dictada para resolver un caso concreto, la crisis del Banco de Barcelona Como explica SAGRERA TIZÓN, "La Ley Concursal: Antecedentes legislativos y necesidad de la reforma", *Economist & Jurist*, nº 74, octubre 2003, págs. 22-29: «por lo que respecta a la Ley de Suspensión de Pagos de fecha 26 de Julio de 1922, es una Ley concebida para salvar la grave situación producida por la insolvencia del denominado Banco de Barcelona (de ámbito nacional pese a su denominación de origen) y que los tres artículos del Código de Comercio de 1885 se revelaron totalmente insuficientes para salvar aquella situación...! Junto a ella, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código de Comercio de 1885 y abundantes preceptos del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829, la más antigua de nuestras normas vigentes, aprobada en época de Fernando VII.

GESTIÓN DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS PRIVADOS A TRAVÉS DE PERSONAS JURÍDICAS: PLANTEAMIENTO GENERAL Y VINCULACIÓN ENTRE TITULARIDAD DEL INMUEBLE Y ENTIDAD GESTORA

REBECA CARPI MARTÍN
Profesora Adjunta de Derecho Civil
Facultad de Derecho – ESADE
Universidad Ramon Llull

SUMARIO

1. Autonomía organizativa en los complejos inmobiliarios privados: las dudas sembradas por el art. 24 LPH	345
2. Vinculación entre titularidad y persona gestora	352

1. Autonomía organizativa en los complejos inmobiliarios privados: las dudas sembradas por el art. 24 LPH

Si frecuentes son las situaciones de conflicto que surgen en el cotidiano funcionar de las relaciones dentro de la propiedad horizontal, no resueltas, de momento, por los mecanismos ofrecidos en la Ley de Propiedad Horizontal, las posibilidades de que esa conflictividad aumente y/o se diversifique cuando se trata de lo que la ley 8/1999 bautizó en bloque como complejos inmobiliarios se multiplican en directa proporción a la heterogeneidad de supuestos que engloba el término¹. De pequeñas agrupaciones de viviendas unifamiliares adosadas a grandes conjuntos residenciales formados por diversos edificios independientes que comparten instalaciones comunes, pasando por una gama variada, “en cantidad y calidad”, de propietarios, edificaciones, servicios e instalaciones compartidas. Y, todas ellas, susceptibles de ser catalogadas de “complejo inmobiliario privado” incorporado al régimen de la ley de propiedad horizontal, ya de por sí necesitado de integración, a través del art. 24 de la LPH. Termina el citado y extenso art. 24 disponiendo que “[a] los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley...”².

1. A propósito de las urbanizaciones privadas y su incorporación al régimen previsto en la LPH, se ha destacado que, por la complejidad y variedad que presentan estas urbanizaciones, “las más de la veces no pueden atenderse o resolverse con los mecanismos que la citada Ley nos proporciona” (en *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*, v. 2º, Madrid, 2001 [nueva edición revisada y puesta al día por Luna Serrano], de LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, p. 435).

2. “La diversidad de supuestos que pueden calificarse como complejo inmobiliario privado hace difícil el establecimiento de reglas generales: para remitirse a la autonomía privada de los propietarios no hacía falta la expresa previsión de la figura” (ESTRUCH ESTRUCH, J., VERDERA

No todo es criticable en la norma. Hasta su inclusión en la LPH a través de la reforma de 1999, los ahora llamados complejos inmobiliarios privados carecían de toda presencia explícita en el Derecho positivo, y quedaban relegados a la incertidumbre que la completa atipicidad acarrea. La preocupación por tal carencia se había manifestado³ al tiempo que se ponía en marcha la propuesta de soluciones, entre las que ya destacaba la de extender a esta realidad fáctica el régimen de la propiedad horizontal⁴, avalada por un importante sector de la doctrina⁵ e impulsada por la jurisprudencia, que venía aplicando la LPH a los conjuntos inmobiliarios, ya fuese por analogía o directamente⁶. Junto a tal propuesta, sin embargo, se dejaban sentir al mismo tiempo voces⁷ en otras direcciones, que ya permitían intuir la necesidad de matizar la aplicación del régimen legal de la propiedad horizontal como exclusivo y/o absoluto para los complejos inmobiliarios.

La reforma de la propiedad horizontal en el año 1999 canalizó el acceso a la tipicidad de los complejos inmobiliarios, sin separarse demasiado del panorama de propuestas que doctrina y jurisprudencia habían ido forjando. Cuando así lo quieran los propietarios, y siempre que cumplan los requisitos fijados por el art. 24, el complejo inmobiliario privado puede acogerse al régimen general de la LPH constituyendo

SERVER, R.; *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, p. 27).

3. Especialmente interesante resulta, a este respecto, el estudio de LASO MARTÍNEZ, J.L., que al poner de relieve la necesidad de configurar un régimen jurídico para los conjuntos inmobiliarios compara el estadio de atipicidad en que se encontraban y las disfunciones que eso generaba con la situación previa a la creación del régimen legal de la propiedad horizontal ("De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, 1993, [nº 619], pp. 1823-1851).
4. Desarrollando una propuesta en tal sentido, para el supuesto de las urbanizaciones privadas, RICO MORÓN, J., *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987, pp. 110-150.
5. Entre otros, ya en la década de los 70 y 80, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Las zonas de recreo en las urbanizaciones privadas y la legislación sobre propiedad horizontal", *RDP*, 1971, p. 600, ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. III; Barcelona, 1979, p. 438, CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L., "Urbanizaciones y parcelas en suelo rústico", *RDP*, 1975, pp. 101-102.
6. Un análisis detallado a este respecto, con abundantes referencias jurisprudenciales, puede verse en RANGEL SÁNCHEZ, L.F.; "Comentario al art. 24 LPH", en *AAVV: Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, coordinado por R. Bercovitz.Cano, pp. 741-762.
7. Algunas a partir de experiencias "experimentales" en tal sentido, como las enumeradas por PÉREZ PASCUAL, E., en su artículo "Sugerencias a una futura Ley sobre Urbanizaciones Privadas", *RCDI*, 1987 (nº 578), pp. 20-21. Otras, en elaboraciones de mayor enjundia dogmática, como la propuesta por RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991"; en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Barcelona, 1993, pp. 64 a 80.

una comunidad de propietarios, o a la variante del mismo que el artículo 24.3 LPH denomina “agrupación de comunidades”, participando así también, aun con especialidades, del régimen de la propiedad horizontal. Sin perjuicio de ello, la fórmula empleada por el art. 24, y en especial su apartado 4, deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad que da cabida al resto de opciones organizativas que antes se proponían y, quizá, alguna novedosa. La dicción literal del artículo no deja dudas a tal respecto cuando en el citado apartado 4 afirma la aplicación supletoria de las previsiones de la LPH y en particular del art. 24.3 a los complejos que no adopten las formas del art. 24.2⁸. Así, tanto para los complejos ya existentes, que no están obligados a adaptarse a los modelos de los apartados 2 y 3, como para los surgidos tras la ley 8/1999, las opciones para mantenerse en la atipicidad formal siguen abiertas. Cabe pensar que lo frecuente será que las estructuras inmobiliarias que encajen en el “complejo inmobiliario privado” del art. 24 LPH se organicen conforme a los modelos que ofrece el precepto, bien de manera expresa o bien por omitir la selección de un modelo distinto, pero no tiene por qué ser así. La letra del precepto es clara al establecer ese espacio a la voluntad de los propietarios del complejo inmobiliario, considerablemente superior al que disfrutaban los titulares de un edificio en régimen de propiedad horizontal (a la vista de lo establecido en el art. 2 LPH). Se les permite la elección del modelo organizativo que consideren más adecuado a sus preferencias y necesidades y, con ello, la determinación de la naturaleza jurídica del complejo inmobiliario en cuestión, desplazando en tales casos las normas, incluso imperativas, que rigen la propiedad horizontal⁹, al erigirse la voluntad de los propietarios del complejo en el factor que configura de su molde jurídico.

8. La selección de dicho régimen puede ser explícita, al constituirse de acuerdo con alguna de las dos fórmulas contenidas en el apartado 2 del art. 24, o implícita, al no pronunciarse en absoluto por ningún modelo organizativo específico, siendo en tal caso aplicable, de modo supletorio, el régimen de la LPH con las especialidades previstas para las agrupaciones de comunidades en el apartado 3 del precepto. Reflexionando sobre el contenido del artículo 24, comentan a este respecto ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER la preferencia mostrada por el legislador a favor del modelo organizativo de las “agrupaciones de comunidades”, criticando su imposición como modelo supletorio, dado que “ofrece una rigidez y complejidad contradictoria, hasta cierto punto, con la rica diversidad de complejos inmobiliarios privados que se constata en la realidad práctica” (*Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, 2ª ed, p. 236).

9. La cuestión sobre la aplicabilidad o no de las normas imperativas que contiene la LPH podía considerarse muy dudosa hasta la reforma de la LPH en 1999. En la actualidad, sin embargo, a la vista del tenor del art. 24. 4 LPH parece quedar más claro que cuando los propietarios de los inmuebles que configuran el complejo opten por un modelo organizativo distinto a los propuestos por la LPH, el régimen normativo previsto por esta ley queda desplazado, tal como defendía ya antes de la reforma RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (*Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid, 1990. p. 136). Mantiene su parecer en contra DORREGO DE CARLOS, A. (“Los complejos inmobiliarios en la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999”. *RCDI*, 1999, nº 655, pp. 2303-2334), que afirma contundentemente la sumisión a las normas imperativas del art. 396

Las cuestiones que a partir de esa autonomía organizativa tipificada emergen o se renuevan son muchas y la pretensión ahora es, simplemente, llamar la atención sobre su vigencia para hacer evidente que el tema concretamente tratado a continuación no es más que la punta de un iceberg multiforme que aglutina más interrogantes que respuestas. Entre esos interrogantes se encuentran, por ejemplo, las dificultades surgidas por un exceso y/o defecto en el ejercicio expreso de esa libertad para pactar¹⁰, que imponen la necesidad bien de solventar las lagunas de una voluntad incompleta¹¹, bien de marcar, en el extremo opuesto, ciertos límites a la autorregulación permitida a los copropietarios de un complejo inmobiliario¹².

Cc y a las de la LPH de todo complejo inmobiliario privado que cumpla los parámetros para ser catalogado como complejo de acuerdo con los requisitos previstos en el art. 24.1 LPH.

10. Si los propietarios del complejo no se pronuncian en absoluto, será de aplicación el régimen previsto en la LPH con las especialidades del art. 24.3 y en tal caso el problema será otro distinto al que aquí preocupa, esto es, el de las disfunciones que eso puede comportar, dado que el legislador al hacer tal remisión piensa en determinado tipo de complejo inmobiliario y no en otros. Tal como exponen ESTRUC ESTRUCH y VERDERA SERVER "la aplicación del modelo de la agrupación tiene pleno sentido si previamente existe una organización conforme a los parámetros de la comunidad de propietarios. En caso contrario, puede derivar en una complicación excesiva, porque presupone un doble nivel organizativo que no siempre concurre" (*Urbanizaciones y otros Complejos Inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, pp. 235-236).
11. Teniendo presentes las probabilidades, dada la heterogeneidad de opciones a disposición de los propietarios en tales casos, de que exista una contradicción entre el modelo organizativo escogido y el régimen de la propiedad horizontal que haga imposible aplicar supletoriamente éste último. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en los que los copropietarios han optado por la creación de una asociación de propietarios que gestione el complejo inmobiliario. En tal caso, sin perjuicio de que ciertas previsiones de la LPH sean aplicables, la diversa naturaleza, fundamentación y propósitos de estos dos modelos organizativos (propiedad horizontal y asociación) marcará una barrera infranqueable en el recurso a la aplicación de la LPH.
12. Dichos límites deberán ajustarse, además de los que ya se hallen previstos en el régimen legal imperativo de la tipología organizativa escogida para el complejo en cuestión, a los derivados de la función y fin que subyace a la categoría general de los complejos. Como decía, la complejidad y trascendencia que presenta el proceso de fijación de tales límites excede en mucho el propósito de esta comunicación y es, como decía, objeto de un trabajo de mayor envergadura, siendo este un tema al que nuestra doctrina no ha dedicado la atención que requiere. Son pocas las reflexiones que sobre ello se han manifestado. Entre tales referencias cabe destacar la de RIVERO HERNÁNDEZ, que se plantea el interrogante acerca de los límites de la autonomía de la voluntad en los pactos restrictivos de las facultades de cada titular sobre su propiedad exclusiva (y especialmente en relación a los usos y actividades permitidas) y el régimen aplicable a los mismo en el malogrado proyecto de ley sobre conjuntos inmobiliarios del año 1993, en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Barcelona, 1993,

Aparecen también las dudas acerca de todas y cada una de las posibles fórmulas de organización a las que podrían acogerse: sus requisitos de validez, su adaptación al concepto de complejo inmobiliario tipificado, su acceso al Registro de la Propiedad y, en definitiva, las ventajas e inconvenientes de cada propuesta. Los factores a tener en cuenta en ese análisis son variados. Desde la compleja heterogeneidad de titularidades y relaciones jurídicas reales y personales de cada uno de los posibles formatos a las razones por las que cada uno de los propietarios ha decidido adquirir un inmueble en uno u otro tipo de complejo. Habrá un componente económico en esa elección, y junto a éste, o incluso por encima del mismo, la decisión tendrá mucho que ver con el estilo de vida que pretende mantener, o en el que aspira a ubicarse, el sujeto que adquiere. A diferencia de lo que impulsó y justificó en su momento el desarrollo de la propiedad horizontal, como fórmula facilitadora del acceso a la propiedad inmobiliaria, y con ello a la titularidad de su vivienda para una gran mayoría de la población de recursos económicos limitados, en las figuras que pueden incluirse en los complejos inmobiliarios, y de modo especial en la de las urbanizaciones privadas, el presupuesto socioeconómico es diverso, e incluso,

pp. 74-76. Recientemente, ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER han apuntado esta cuestión de la autonomía de la voluntad en forma más genérica, vinculando su tratamiento al análisis de los diversos modelos organizativos que los complejos inmobiliarios admiten y, con ello, a la necesidad de respetar el régimen legal de cada modelo sin perder de vista la también necesidad de satisfacer las querencias de los titulares de cada complejo en concreto (*Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, 2ª ed, p. 236 y 241). Contrasta tal panorama nacional con el interés con que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana han abordado una problemática similar, a consecuencia del fenómeno de las "Homeowners Associations" utilizadas para la gestión de las grandes urbanizaciones privadas. Se trata de de supercomunidades formadas por viviendas unifamiliares, en las que se incluyen un número ingente de servicios, instalaciones y prestaciones. Desde los años 60, y debido a la ausencia de pautas legales que ordenasen y delimitasen el margen de actuación que los copropietarios poseían en el diseño y ejecución de funciones de estas asociaciones, se asumieron facultades de decisión de una amplitud tal que dieron lugar incluso al calificativo, en referencia a estas asociaciones de propietarios, de «private towns», con pequeños gobiernos pseudomunicipales que, amparados en el consentimiento prestado por todos los propietarios a las normas rectoras de la urbanización, actúan con una extensión en sus funciones que trascendía incluso, en algunas cuestiones, a las que ostentan los Ayuntamientos, generando lo que McKenzie denominó "an ideology of hostile privatism" (McKENZIE, E.; *Privatopia. Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*, Pennsylvania, 1994, p. 19) derivada de la creciente litigiosidad que enfrenta a buena parte de los copropietarios con los órganos de gobierno, cuya capacidad de decisión y autoridad, excediendo en mucho la simple gestión de unos elementos comunes, se asemeja a la gestión municipal sin que les sean aplicables las garantías y límites que constriñen al poder público. Si bien han ido apareciendo normas estatales con cierto aire protector, el blindaje que a estas asociaciones proporciona su origen convencional sigue siendo bastante consistente.

en cierta medida, opuesto a aquel de la propiedad horizontal¹³. A diferencia de lo que afirma MEDINA DE LEMUS¹⁴, que tras mencionar la existencia de diferencias funcionales entre la propiedad horizontal y las urbanizaciones privadas considera que sus presupuestos jurídicos son similares, cabe pensar, por el contrario, que la diferencia jurídica derivada de la diversa base socioeconómica que subyace en la propiedad horizontal y en los complejos es inevitable, y repercute necesariamente en el tipo organizativo y de gestión que se escoja para cada complejo y, con ello, en el régimen jurídico aplicable¹⁵.

13. Como apunta MEDINA DE LEMUS, M., no coinciden los presupuestos socioeconómicos de la propiedad horizontal y las urbanizaciones privadas: "La PH persigue facilitar el acceso a la vivienda propia y única a grandes sectores de la población, y las urbanizaciones privadas pretender generalmente lograr una residencia secundaria, una vivienda unifamiliar aislada, que nos libera de la convivencia en un edificio" (*Derecho civil de bienes. Derechos reales e inmobiliario registral*, T. I, *Bienes, posesión y propiedades*, Madrid, 2003, p. 642).

14. *Derecho civil de bienes*, T. I, p. 642.

15. En primer lugar, porque gran parte de los ciudadanos no poseen la capacidad económica suficiente para adquirir una vivienda en un complejo inmobiliario. Sea cuál sea la configuración y dimensiones del complejo, por las instalaciones y servicios que ofrecerá, superiores cuantitativa y cualitativamente a las de la mayoría de los edificios en régimen de propiedad horizontal, un amplio sector de la población, con recursos suficientes para adquirir una vivienda en régimen de propiedad horizontal, no podrá acceder a la titularidad de un elemento privativo en un complejo inmobiliario, ya sea del tipo en el que varios edificios de viviendas comparten diversas de instalaciones y servicios, lo que encarece el precio de adquisición y las cuotas por gastos comunes de modo importante, ya sea, y en este caso el acceso será aún menor, en un complejo que revista la forma de las llamadas urbanizaciones privadas de viviendas unifamiliares. En segundo lugar, supuesto el condicionante primero de la suficiencia económica o financiera del interesado en adquirir un inmueble integrado en un complejo, éste valorará, ante la multitud de opciones a las que puede acceder, cuál de ellas se corresponde con el modelo de convivencia en sociedad que prefiere en su esfera más cercana. Para tomar esa decisión serán trascendentes multitud de datos: algunos, externos al complejo pero directamente influyentes en el modelo de convivencia que ofrece (sobre todo si lo que busca el posible adquirente es su residencia habitual, en torno a la cual se estructurará toda su vida cotidiana), como la población en la que se ubica el inmueble, sus accesos, el tipo de habitantes medios, los servicios y las infraestructuras municipales etc; otros, internos, como el número de viviendas que lo conforman, la cantidad y calidad de las instalaciones (comerciales, lúdicas, deportivas, de acceso, estéticas, medioambientales, etc.) y los servicios que ofrece (seguridad, servicios asistenciales, mantenimiento de los elementos comunes y/o privativos, etc.). El sujeto que se encuentre en el proceso de elección valorará, y mucho, todos esos condicionantes, y elaborará sus presupuestos y conclusiones acerca de cómo se desarrollará la convivencia con el resto de copropietarios antes de decidirse por la adquisición de una vivienda en uno u otro tipo de complejo. Y todo ello determinará unas necesidades y preferencias diversas, que necesariamente repercutirán en el modelo organizativo que adopte cada complejo. Muy probablemente el complejo formado por dos o tres edificios, divididos en pisos, bus-

De entre todas esas opciones de organización de los complejos, cobran especial relevancia las que por dotarlo de personalidad jurídica pueden proporcionarles una agilidad operativa y funcional adaptable a la heterogeneidad que presenta el concepto¹⁶. De la asociación a la sociedad civil pasando por la cooperativa, e incluso el diseño de entes *sui generis* con una personalidad limitada al fin y efecto de gestionar el complejo¹⁷. Ya se utilizaron, sobre todo la asociación y la sociedad civil, antes de la reforma de la LPH en 1999, para vehicular el acceso de los complejos inmobiliarios a la realidad legal mediante su “nacimiento” en forma de persona jurídica. Ahora, ya tipificados materialmente los complejos inmobiliarios privados, la reflexión sobre la idoneidad de tales modelos se mantiene viva, al ratificar el legislador en el art. 24 LPH la plausibilidad de su diversidad organizativa y funcional, impulsando con ello el análisis de todas las opciones a fin de clarificar la de mejor encaje en cada caso, tomando para ello, como factores determinantes, tanto la naturaleza y rasgos esenciales de cada persona jurídica como la complejidad fáctico-jurídica que encierra el concepto complejo inmobiliario privado, y el grado de dificultad que la sincronización de ambos factores pueda plantear.

Con carácter previo al estudio de cada una de esas fórmulas de gestión destaca, sin embargo, una cuestión ya mencionada, y predicable de todas las personas jurídicas aptas para organizar un complejo inmobiliario privado, que pone en entredicho la conveniencia de esa libertad organizativa consagrada en el art. 24 LPH. Dado que la titularidad de todos los elementos, instalaciones y servicios comunes del complejo pertenece a los propietarios de las edificaciones y parcelas independientes, según resulta de la descripción contenida en el art. 24 LPH, cuando se plantee la posibilidad de organizar el complejo a través de una persona jurídica, el primer condicionante será la relación y concreto vínculo entre ese ente gestor y los propietarios. A ello se dedican las siguientes páginas.

cará las formas ofrecidas por el art. 24 LPH, dadas sus mayores similitudes con el régimen ordinario de la Propiedad Horizontal. Pero no parece tan probable que haga lo mismo una gran urbanización que combine diversos tipos de elementos privativos, en forma de pisos, casas adosadas y unifamiliares, locales comerciales, almacenes, etc., junto con una variedad aún mayor de servicios e infraestructuras comunes. O aquella otra que, con independencia de sus características cuantitativas y cualitativas, pretende servir como segunda residencia en una zona de costa. Y tampoco podrá conformarse ésta última, o el anterior, del mismo modo que una selecta urbanización de viviendas unifamiliares que, sobre la base de un elevado coste de adquisición, tiene como propietarios a sujetos de alto poder adquisitivo para quienes es determinante que la casa que adquieren y el entorno que la envuelve sea acorde con el modelo de vida en sociedad que han escogido.

16. Como apuntan ESTRUCH ESTRUCH y VERDERA SERVER, “la selección por los copropietarios de una de esas fórmulas les ofrece un régimen normativo de suficiente amplitud, tanto en sus aspectos interno como externo, tanto en el plano orgánico como de responsabilidad” (*Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, p. 244).

17. Tal como detalla RIVERO HERNÁNDEZ en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, pp. 78-80.

2. Vinculación entre titularidad y persona gestora

La pregunta a responder ahora, es la siguiente: ¿Cómo cabe vincular a una persona jurídica gestora con cada uno de los propietarios de los diversos elementos privativos integrantes del complejo?

Aunque pareciese que lo óptimo fuera fijar la inherencia de la condición de miembro de la persona jurídica de todos los propietarios del complejo, mediante la inclusión, en el régimen de titularidad de los elementos privativos del complejo, de una obligación de pertenencia a la persona jurídica gestora, los problemas que suscita esa vinculación esencial entre la condición de propietario y de miembro del ente gestor son de difícil resolución. Se presentan, de una parte, en la estructuración de la obligación de pertenencia y su exigibilidad. Si se configurase como una obligación personal estrictamente, ante el incumplimiento de la misma sería necesario poner en funcionamiento el régimen general de responsabilidad por incumplimiento. Difícilmente podría lograrse la realización *in natura* de la obligación incumplida si no existe voluntad a este respecto del copropietario afectado. Y sería de escasa utilidad, dados los fines perseguidos mediante dicha obligación, el posible resarcimiento de los daños y perjuicios, si es que pudiera concretarse su existencia¹⁸.

Cabría, quizá, considerar la mayor eficacia de configurar dicha obligación como *propter rem*. No obstante, sin entrar ahora en los entresijos de la naturaleza y presupuestos de este tipo de situaciones jurídico reales, es esencial para que exista la característica vinculación entre la titularidad de una cosa y una obligación de las denominadas *propter rem* que esa obligación se adhiera a la cosa como deber insito en la misma, al ser inherente la prestación objeto de la obligación a la existencia o conservación del bien sobre el que recae el derecho real (sea este pleno o limitado). En el supuesto en que nos encontramos esa inherencia no se produce. Existirá, ciertamente, en la obligación de pago que todos los cotitulares, por el hecho de serlo, soportan respecto de los gastos que devenguen los elementos comunes del conjunto, y no hay problema en considerar como *propter rem* el deber de soportar tales gastos. Sobre dicha obligación volveremos a continuación, a propósito de su engarce con la existencia de una persona jurídica gestora del conjunto en la que no participan todos los copropietarios. Cuestión muy distinta es considerar como obligación esencialmente ligada a la titularidad del inmueble la de ser el propietario miembro de una persona jurídica que lleve a cabo la gestión del complejo. En ese caso la vinculación directa e inmediata con el inmueble que caracteriza a las obligaciones *propter rem* se desvanece, pues sólo mediatamente se vislumbra tal conexión entre la fórmula de gestión y las obligaciones necesariamente adheridas al inmueble.

Aun se suma a la problemática anterior otro obstáculo insuperable. Ese inconveniente viene dado por el art. 22 de la Constitución y su reconocimiento al derecho

18. No será fácil realizar tal concreción, pues resulta difícil acotar en qué consistirá el daño resultante del incumplimiento de una obligación de estas características, en la que un sujeto que se ha comprometido a formar parte de una persona jurídica decide no hacerlo.

fundamental de libre asociación, en sentido positivo o negativo. Sobre esta cuestión, y en relación a las asociaciones de propietarios, se ha pronunciado en diversas ocasiones nuestra jurisprudencia, a propósito de lo que el Tribunal Constitucional interpreta como contenido negativo del derecho de asociación y aplica al supuesto de las asociaciones de copropietarios en la sentencia 183/1989 de 3 de noviembre, reiterando en tal caso la faceta negativa de tal derecho, esto es, el derecho a no asociarse¹⁹. Conviene precisar que ese contenido negativo del derecho de asociación no se limita en su esfera de aplicación a las “asociaciones” *strictu sensu*, sino que se extiende a otras personas jurídicas de naturaleza asociativa, tal como matiza el propio Tribunal Constitucional en otras decisiones²⁰, de modo que, sea cual sea la persona jurídica seleccionada como forma de organización del complejo, la exigibilidad de la obligación de pertenencia a la misma será inviable por ser nula²¹, de donde

19. Sobre esta faceta negativa del derecho de asociación, SSTC 5/1981, 45/1982 y 67/1985.

20. Así, en la STC 96/1994, de 21 de marzo: “En relación con esta doctrina **también se ha declarado**, de una parte, **que el derecho reconocido en el art. 22 CE se refiere a un género, las Asociaciones, «dentro del que caben modalidades específicas»** [STC 67/1985 (RTC 1985\67), fundamento jurídico 3.º c)]. Y así, se ha dicho que el derecho de asociación «sólo podrá invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de ese derecho», ya que **en el caso de las sociedades mercantiles** y, en particular, **en las sociedades de capitales, predominan, frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales; por lo que, sin excluir la posibilidad de que en ciertos casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación respecto a este tipo de sociedades «es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa»** [STC 23/1987 (RTC 1987\23), fundamento jurídico 6.º]. Y en la misma línea, la propia STC 218/1988 expresamente excluye la aplicación de la doctrina allí sentada sobre el alcance del control judicial de los Acuerdos sociales de expulsión de un socio en aquellos supuestos en los que, por la naturaleza de la Asociación, la exclusión de ella sponga «un perjuicio significativo para el particular afectado» (fundamento jurídico 2.º).

21. Lógicamente, no apuntaba este problema SAPENA TOMÁS, J. (“Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas”, *RDN*, num. 57-58, [1967], p.78) cuando, en el año 1967, analizaba diversas formas de organización de las urbanizaciones privadas apostando entre otras por la sociedad civil. Previos sus razonamientos al diseño constitucional del derecho de asociación, fundamentaba la vinculación entre la condición de socio y la de copropietario en la principio de libertad contractual que consagra nuestro ordenamiento jurídico (art. 1255 Cc). Tampoco se refiere a ello RUIZ-RICO RUIZ- MORÓN (*Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987, pp. 102-103) cuando analiza la admisibilidad de la sociedad civil como fórmula organizativa de las urbanizaciones privadas pues, tras plantear como interrogante la cuestión de la conexión entre condición de socio y propietario, plantea como solución a este respecto la propuesta años antes por SAPENA TOMÁS.

derivará además la imposibilidad de reclamar daños ante su incumplimiento, al no ser el daño generado por ello susceptible de ser catalogado como antijurídico²².

Con ello se descarta, definitivamente, la posibilidad de imponer vínculos obligatorios, válidos y eficaces, entre los copropietarios y una posible persona jurídica que proporcione estructura orgánica al complejo, sin que eso conlleve la imposibilidad de diseñar un modelo organizativo asentado en una persona jurídica. De una parte, porque en muchos supuestos los copropietarios consentirán libremente y sin más la conformación de la persona jurídica gestora y su permanencia como miembros de la misma como mejor modo para el desarrollo funcional del complejo²³. De otra parte, porque aún en los casos en que no sea posible dar nacimiento o continuidad a un ente que personifique el complejo inmobiliario, por faltar la voluntad en tal sentido de algún propietario, cabe que sea una persona jurídica la que se encargue de las tareas de gestión y administración del complejo inmobiliario, ya sea por haberse determinado así en el momento de constitución del complejo, ya por incluirse esa previsión en los títulos de adquisición de cada propietario, ya sea, en fin, por decisión de la mayoría de propietarios que representen la mayoría de cuotas²⁴. En tales casos será casi inevitable la obligación de todos los copropietarios, asociados o no, de soportar las cuotas de gastos derivadas de la conservación y mantenimiento de los elementos comunes y de satisfacerlas a la persona jurídica que lleva a cabo esas funciones.

La jurisprudencia suele considerarlo de este modo, en línea con lo argumentado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 183/1989. Se reitera la sustancial diferencia entre la obligación de incorporarse y permanecer en una determinada asociación (o persona jurídica asociativa en general), inválida por conculcar el de-

22. Tal como expresa el Tribunal Constitucional en la sentencia 183/1989, a propósito de una obligación imponiendo un deber de pertenencia a la asociación gestora de una urbanización que conculca el derecho de asociación, **“por tratarse de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, cualquier cláusula obligacional que lo desconozca en nula y carece de eficacia (art. 1255 del Código Civil), por infracción del art. 22 de la Constitución; ya que tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo”**.

23. No cabe desdeñar la eficacia, por otro lado, de estrategias de persuasión dirigidas a generar en los copropietarios la voluntad de pertenencia a la persona jurídica gestora: creación de incentivos por formar parte de la entidad gestora, a través del disfrute de beneficios y servicios exclusivos prestados por la misma exclusivamente a los asociados, etc. Eso, unido a la fijación de cuotas de gasto similares para propietarios asociados y no asociados que desincentiven la no pertenencia.

24. De acuerdo con la previsión de aplicación supletoria de la LPH a los complejos inmobiliarios privados, según establece el art. 24, cabe considerar que, a falta de otra estipulación, las decisiones sobre la administración y gestión de los elementos comunes deberán adoptarse de acuerdo con lo previsto en el art. 17 LPH que establece, para este tipo de acuerdos, la mayoría de propietarios que representen la mayoría de cuotas.

recho de asociación del art. 22 CE, y las obligaciones económicas asumidas por los propietarios de los elementos privativos a favor de la persona jurídica gestora de tales elementos comunes, derivadas de la titularidad y necesidad de mantener los elementos que comparten con el resto de propietarios²⁵. Lo anterior, sin embargo, precisa matizaciones acerca de lo que la persona gestora tiene derecho a percibir de los propietarios no asociados en concepto de gastos comunes. Si, como hemos visto, el diseño que el art. 24 LPH selecciona para los complejos inmobiliarios consagra un amplísimo margen de autonomía para los titulares del mismo, lo coherente será considerar que sin consentimiento que vincule a todos y cada uno de dichos propietarios a la persona jurídica gestora, sólo cabrá exigibilidad, por parte de ésta, de aquellos gastos que puedan calificarse de inherentes a la titularidad real que ostentan, inevitables para el sostenimiento del inmueble en el que son cotitulares. El asunto ha sido tratado en diversas sentencias de nuestras Audiencias Provinciales, a propósito de asociaciones de propietarios que actuaban inicialmente como entidades urbanísticas de colaboración ante la falta de un plan de ordenación en el área donde se ubican los inmuebles.

Cesada la necesidad de tal intervención, al asumir el ente público las funciones urbanísticas a través del plan de ordenación correspondiente, las decisiones judiciales consideran, en la mayoría de los casos, que no cabría exigir a los propietarios de inmuebles de esa zona el pago de cuotas a la asociación por los gastos derivados de servicios prestados por ésta si tales propietarios no han prestado consentimiento a tal efecto, y no se trataba de gastos inherentes a su derecho de propiedad²⁶. Pero aún siendo esa la pauta resolutoria general, aparecen vacilaciones²⁷ a este respecto

25. Dice la citada sentencia 183/1989 del Tribunal Constitucional que “una cosa es la obligación contractual de darse de alta y de permanecer en una Asociación y otra muy distinta la de asumir ciertas cargas económicas en favor de una Asociación constituida, se pertenezca o no a ella. Es del todo claro que esta última obligación ninguna relación guarda con el derecho constitucional de asociación, pues es sólo una obligación civil constituida entre personas distintas, que no trae causa ni depende de la existencia de un vínculo asociativo entre las mismas”. En el asunto enjuiciado, los copropietarios de un inmueble integrado en una urbanización habían sido demandados ante el impago de las cuotas que los “no socios” de la asociación que gestionaba dicha urbanización debían satisfacer para el mantenimiento de los elementos comunes. En coherencia con esta sentencia, se mantiene constante en nuestra jurisprudencia la exigibilidad a los propietarios de las deudas por gastos comunes, sean o no los copropietarios miembros de la persona jurídica gestora. Entre otras, SAP de Sevilla de 22 de septiembre de 2005 (RJA JUR 2005/44755) y de 18 de febrero de 2005 (RJA JUR 2005/139492), la SAP de Madrid de 2 de mayo de 2001 (RJA 2001/200988).

26. En tal sentido se han pronunciado en diversas ocasiones nuestras Audiencias Provinciales. Como sentencias recientes representativas, la de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de junio de 2004 (RJA 2004/2360), y la de Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de septiembre de 2005 (RJA 2005/37480).

27. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona antes citada (de 14 de septiembre de 2005) se ponen de manifiesto tales vacilaciones en una misma Audiencia Provincial, y

que revelan la complejidad que encierra la determinación de los gastos que son inherentes a la titularidad dominical de todos los propietarios, asociados o no, y lo que son servicios prestados por la asociación que no se conectan a la titularidad jurídico real de cada propietario, debiendo por ello asentarse, para ser exigible su pago, en la voluntad de cada uno de ellos²⁸.

Aún de manera breve, sirve la exposición de esta dificultad para dibujar un panorama poco halagüeño, que enlaza con las dudas mencionadas al comienzo. Si con la introducción del art. 24 LPH el legislador pretendía romper con la rigidez organizativa que caracteriza a la Propiedad Horizontal en nuestro ordenamiento, dando a los complejos inmobiliarios un mayor dinamismo, el intento parece poco exitoso. Si, por el contrario, pretendía incentivar la configuración de los complejos inmobiliarios privados a través de la fórmula de la propiedad horizontal, hubiera sido preferible un precepto de mayor contundencia. Pero sea de un modo u otro, la ambigüedad que ha consagrado deja sin respuesta multitud de interrogantes. Veremos si en la vivencia cotidiana de los complejos inmobiliarios se siembran algunas de las respuestas.

sobre la misma Asociación de Propietarios al relatarse en la misma la heterogeneidad de las decisiones de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre esta la asociación y la obligación o no de soportar los propietarios ubicados en su ámbito cuotas por los servicios que la misma presta. Como ejemplo de tal discrepancia, la decisión de tal sentencia, negando el derecho de la asociación a la percepción de cuotas por parte de los vecinos no asociados. En clara divergencia con la misma, unos años antes la misma Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/28) estimaba la demanda de la asociación frente a una de las propietarias, por los servicios prestados por dicha asociación en torno a elementos calificados como comunes. Sin entrar a debatir ahora los entresijos de ambas situaciones cabe decir que, según parece, la diferencia entre uno y otro supuesto (así como en el resto de litigios resueltos de modo diverso por la AP de Barcelona en torno a esta Asociación de Propietarios "Can Teixidó") se halla en la consideración o no, en cada supuesto concreto, de si los servicios y elementos atendidos por dicha asociación son comunes a todos los propietarios, por inherentes al inmueble de que son titulares. Sea como fuere, la variedad de soluciones judiciales a propósito del mismo asunto que se plasma en relación a esta asociación ponen de manifiesto la dificultad que presenta la ambigua conexión entre propietarios no asociados y persona jurídica gestora.

28. Carecerá de sustento la reclamación, por ejemplo, en la que una asociación, formada por algunos propietarios en determinada zona residencial, exija a todos los propietarios de dicha zona el pago de cuotas por la realización de servicios no contratados (o en todo caso o contratados únicamente por algunos de ellos), como los de vigilancia o jardinería o mantenimiento de viales, no existiendo ni elementos ni servicios comunes inherentes a la titularidad del inmueble de cada uno de los propietarios que se ubican en esa área, y siendo el Ayuntamiento quien asuma todo lo relativo a mantenimiento de todas las áreas públicas de la zona.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES: UNA APROXIMACIÓN SINTÉTICA A LA (VIEJA) DISCUSIÓN ENTRE LA PARTICIPACIÓN COOPERATIVA Y LA PARTICIPACIÓN CONFLICTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ.
Profesor Colaborador externo de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho – ESADE
Universidad Ramon Llull

A Antonio, Ana, Elia, Sara y Toni. Con afecto

SUMARIO

0. Planteamiento	359
1. Los orígenes de los modelos de participación interna y externa de los trabajadores en la empresa	363
2. La traducción positiva de dos ideales jurídico-políticos	367
3. Valoración final	375

0. Planteamiento

La promulgación de la Ley 31/2006, 18 de octubre, sobre Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas (BOE 19 de octubre), ha supuesto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, que Completa el *Estatuto de la Sociedad Anónima Europea* en lo que respecta a la implicación de los trabajadores¹.

El régimen jurídico de la *Sociedad Anónima Europea* – en adelante, SAE –, fue aprobado por el Reglamento 2157/2001/CE del Consejo, 8 de octubre 2001 – en adelante, RSAE (que comportó la modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas – en adelante, LSA – a través de la Ley 19/2005, 14 de noviembre – BOE 15 de noviembre –, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España). Sintéticamente, siguiendo a LUJÁN ALCARAZ, el objetivo perseguido por el RSAE es garantizar la correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa dentro de la UE, de tal modo que se configure un “marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los diferentes Estados miembros puedan planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria”. Por este motivo, se prevé la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados directamente por el Derecho comunitario². Todo ello, a fin de “facilitar las operaciones voluntarias de concen-

1. Un breve análisis sobre el dilatado proceso de gestación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en, GARCÍA ROMERO. *La ‘implicación’ de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*. REDT nº 112, 2002, p. 683 y ss.

2. LUJÁN ALCARAZ. *La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 octubre 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*. Aranzadi Social nº 1, 2002, versión digital (BIB 2002\168).

Ante la falta de una definición de lo que debe entenderse por SE en el Reglamento 2157/2001 y en la LSA, tal y como expone sintéticamente el citado autor, la SE puede definirse como “una sociedad anónima de segundo grado, con personalidad jurídica propia (art. 1.3) y domicilio social en el mismo Estado miembro en que se halla su administración

tración transfronteriza de las empresas con un régimen propio y diferenciado del previsto para las sociedades de derecho interno en cada Estado miembro³. Desde la perspectiva laboral, siguiendo con LUJÁN ALCARAZ, “la aprobación del *Estatuto de la Sociedad Anónima Europea* plantea como problema fundamental la necesidad de garantizar que los trabajadores empleados en la misma tengan derecho a implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de sus SAE, impidiendo, además, que el establecimiento de la SAE suponga la desaparición o reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de una SAE⁴.”

La configuración del derecho a la “implicación de los trabajadores” en la SAE, según la Ley 31/2006, se ha hecho de un modo extraordinariamente amplio. Así, la expresión “implicación de los trabajadores” – apartado i) del art. 2 – debe entenderse como “la información, la consulta, la participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en las empresas⁵.”

El empleo de esta fórmula legislativa de *textura abierta* (promovida por la propia Directiva) es el resultado de la existencia de los diversos modelos de implicación de los trabajadores en los Estados miembros (difícilmente conciliables – como el anglosajón y el alemán) y, sobretudo (derivado de lo anterior), de las dificultades para hallar la convergencia que posibilitara el establecimiento de un sistema uniforme⁶.

central (art. 8), ‘regulada – salvo en lo dispuesto por el propio Reglamento (art. 15) – por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que tenga su domicilio social’ (art. 3.1), y cuyo capital, no inferior a 120.000 euros (art. 4), ‘estará dividido en acciones’ (art. 1.2)”. El Reglamento contempla cuatro vías de creación de una SE: mediante un acuerdo de fusión entre ellas (arts. 12 y ss.); mediante la constitución de un ‘holding’ (arts. 32 y ss.); mediante la constitución de una filial (arts. 2.3, 35 y 36); y, finalmente, mediante la transformación de una sociedad anónima ya existente (arts. 2.4 y 37).

3. PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO. *Comentarios a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*. Versión digital. www.tirantonline.com.
4. LUJÁN ALCARAZ. *La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 octubre 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, op. cit. (versión digital).
5. Conceptos (“información”, “consulta” y “participación”) que son concretados a continuación en los apartados j), k) y l) del mismo artículo 2 Ley 31/2006.
6. Como afirma GARCÍA ROMERO “entre las numerosas cuestiones que suscitaba la constitución de una empresa europea, el sistema de implicación de los trabajadores en los órganos de la sociedad era una de las más difíciles de resolver, hasta el punto de que durante mucho tiempo se consideró un obstáculo insalvable”. De hecho, el empleo de un Reglamento (para la creación y gestión de las sociedades de dimensión europea) y de una Directiva (para determinar el modo de representación de los trabajadores) fue la solución técnica que se empleó en su

A grandes rasgos, la doctrina ha distinguido dos modelos paradigmáticos de participación: la *interna* y la *externa*. En la primera, la "presencia de los trabajadores tiene lugar en un órgano de gobierno de la empresa"; mientras que en la "*participación externa*", "los derechos de información, consulta o decisión y las diversas formas de control, se atribuyen bien a un órgano colectivo de los trabajadores que ostenta la representación de todo el personal, [y/] o bien a asociaciones sindicales"⁸. Esta diferenciación orgánica es trascendente, pues, repercute en la naturaleza de la implicación de los trabajadores. Los modelos de "*participación externa*" tienden a concepcuarse como mecanismos de restricción del poder empresarial y, por consiguiente, tienen una naturaleza esencialmente conflictual (siendo el modelo francés y el italiano los exponentes más significativos). En cambio, en los modelos de "*participación interna*", en tanto que posibilitan el disfrute compartido del poder, no tienen atribuida una naturaleza conflictiva sino "colaborativa" o de cooperación (siendo el modelo alemán el ejemplo paradigmático).

Ante esta disyuntiva, el RSAE sólo ha podido alcanzar una solución de compromiso, pues, sólo se exige "*algún tipo*" de implicación de los trabajadores en todos los Estados miembros, dejando que sean las sociedades y la comisión negociadora de representantes de trabajadores los que libremente acuerden "*la concreta forma*" de implicación⁹.

Lo trascendente es que la estructura de la SAE variará en función del tipo de implicación que se escoja. Así, junto a la existencia de una Junta General de Accionistas, puede optarse entre un sistema de administración *monista* o bien *dual*, debiéndolo hacer constar en sus estatutos (art. 38 RSAE y art. 327 LSA). En caso de optarse por un sistema de administración *monista*, es de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la LSA para los administradores de sociedades anónimas, en cuanto no contradiga lo dispuesto en el RSAE, y la ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (art. 328 LSA). En cambio, en caso de optarse por un sistema de administración *dual*, existirá una *Dirección* y un *Consejo de Control* (art. 39 y ss. RSAE y art. 329 LSA).

momento para superar las divergencias de los Estados miembros al respecto, pues, posibilita el respeto a la especificidad de las cuestiones sociales de cada uno de ellos.

GARCÍA ROMERO. *La 'implicación' de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, op. cit., p. 684 a 687.

7. Aunque también se hace una distinción entre la participación a través de representantes y la directa. Vid. al respecto, DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1980, p. 21 y ss.; y RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*. REDT nº 84, 1997, p. 502 a 504.
8. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 501 y 502. Vid. al respecto también al detalle en, DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 21 y ss.
9. PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO. *Comentarios a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*, op. cit. (versión digital).

La elección por el modo concreto de implicación es el resultado de un procedimiento de negociación, que se plasma en el “acuerdo de implicación”, que forma parte del proyecto de constitución de una SE, y sin el cual no puede registrarse ninguna SAE (art. 12 RSAE)¹⁰. Y, el art. 5 de la Ley 31/2006, exige que el “procedimiento de negociación para la determinación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SAE se iniciará a partir del momento en que los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes hayan establecido el proyecto de constitución de la SAE” y debe realizarse con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SAE.

En definitiva, esta dicotomía viene a evidenciar que el tema de la ‘*empresa*’ en el *derecho social* sigue siendo un tema controvertido. Como premisa de partida, como afirma el profesor MARZAL FUENTES –que toma la idea de ALAIN SUPÍOT–, la idea de ‘*empresa*’ “sólo ha tenido vida en los hechos y en las doctrinas sociales, no en el derecho. En el derecho, la empresa ha sido siempre algo extraño u opaco, en todo caso, resistente, como si se protegiese de aquél con un duro caparazón, que impidiese la entrada de aquél en ella”¹¹.

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la discusión teórico-conceptual que subyace en la delimitación de la participación o implicación de los trabajadores en la estructura de la empresa (y que, a la postre, repercute en su conceptualización y en la del trabajo por cuenta ajena), a fin de ofrecer unas pautas analíticas que contribuyan a ilustrar los motivos por los que se ha optado por esta solución para la SAE. Paralelamente al análisis de estos elementos conceptuales, el presente estudio se centrará en la exposición (sintetizada) de la experiencia legislativa de dos países representativos de cada uno de los modelos paradigmáticos de participación de los trabajadores (interna y externa). En concreto, el modelo “conflictivo” francés y el de “colaboración” alemán. Enfoque que irá acompañado de una breve exposición de la evolución que ha tenido esta cuestión en la legislación española y las influencias que han podido ejercer aquéllos en la configuración de ésta.

Asimismo, desde un punto de vista personal, el análisis quiere ser un sentido homenaje al Dr. ANTONIO MARZAL FUENTES, al que considero mi maestro y un amigo. La promulgación de la Ley 31/2006 es, sin duda, una excelente oportunidad para recordar

10. *Vid.* al respecto, GARCÍA ROMERO. *La ‘implicación’ de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, *op. cit.*, p. 690 y 691.

11. MARZAL FUENTES. *Prólogo*. En “*Empresa y derecho social*”. Bosch Editor – Esade. Barcelona, 2001, p. 7 y 8. *Vid.* también en la misma obra, ALAIN SUPÍOT. *Informe francés*, p. 7 y 8.

algunas de sus ideas y reflexiones al respecto, pues, como se sabe, era un profundo conocedor de la materia¹².

Sin duda, estoy en deuda con él, especialmente, por su generosidad y cariño mostrados mientras fui alumno suyo y, sobretudo, durante los años que trabajamos juntos en la Facultad de Derecho de ESADE. Con estas líneas simplemente aspiro a hacerlo público y dejar constancia de ello.

1. Los orígenes de los modelos de participación interna y externa de los trabajadores en la empresa

El derecho sindical colectivo tiene su origen, siguiendo la exposición de MARZAL FUENTES, en la respuesta del proletariado frente a la 'entronización del empresario'; "dueño, por su poder económico, de la regulación contractual que el marco de los códigos civiles (...) le ofrecían". Este contrapoder frente a la supremacía objetiva del empresario, nacido de la cólera obrera y punta de lanza de la lucha de clases, nace, por tanto, para la defensa de intereses contrapuestos y, por ello, tiene una naturaleza esencialmente conflictiva. Su ubicación, en un primer momento, está fuera de la empresa y se identifica con los sindicatos. El posterior reconocimiento de representación de los trabajadores *en la empresa*, diferenciado de las organizaciones sindicales, no afectará a la naturaleza conflictiva de este modo de defensa de lo colectivo en oposición al poder empresarial¹³.

Frente a esta concepción de lucha, a lo largo de la historia, se han propuesto dos manifestaciones (al parecer, hoy ya superadas), integradas en lo que se ha denominado "anticontractualismo político": el "*relacionismo*" y el "*institucionalismo*". Estas tesis están caracterizadas por una identificación del "contrato" con el liberalismo, y aspiran a crear una nueva dogmática del Derecho del Trabajo que elimine los efectos perjudiciales que produce la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato y el conflicto de intereses que subyace en el mismo. Posturas que no tratan de eliminar, propiamente, la noción de contrato, sino una superación del instituto, relegándose a un muy secundario puesto¹⁴. Siguiendo a RIVERO LAMAS, son planteamientos presentados como alternativa al "conflicto socio-laboral, y que pretenden cristalizar

12. En cualquier caso, vaya por delante que estas páginas no aspiran a ofrecer un enfoque global a la obra del profesor MARZAL FUENTES sobre este tema, ni tampoco a exponer sus principales planteamientos y tesis, pues, la extensión de su trabajo y la complejidad de su enfoque analítico exigirían un estudio mucho más pormenorizado y extenso que el que se expone en las páginas que siguen.

13. MARZAL FUENTES. *Prólogo*, *op. cit.*, p. 8 y 9.

14. SUÁREZ GONZÁLEZ. *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*. CPS nº 48, 1960, p. 82 y 83; y DE LA VILLA GIL. *Relaciones laborales de hecho*. RDT nº 47, 1961, p. 71 y 72

en formas organizativas una concepción solidaria de las relaciones sociales y de la empresa tendencialmente orientada a generar una comunidad de intereses entre las partes de las relaciones laborales, capaz de imponerse sobre los intereses contrapuestos que se hacen presentes en el momento de la contratación¹⁵.

El *relacionismo* es una concepción que históricamente se corresponde con los intentos de la clase política de democratizar la vida en el trabajo al finalizar la I Guerra Mundial (y estando reciente la Revolución Rusa de 1917), buscando fórmulas sociales que se alejen tanto del liberalismo económico individualista como del marxismo, que introduce la lucha de clases como elemento esencial de las relaciones sociales. En definitiva, se pretende rechazar la concepción económico-privada e insertar la economía en la colectividad, en la que la empresa como comunidad (*Gemeinschaft*) aparece como la institución paradigmática del nuevo modelo social (la empresa en sí – *unternehmen an sich*). Esta ideología de la empresa como comunidad de trabajo nace con RATHENAU, a partir de la teoría de la empresa en sí (*unternehmen an sich*), como organismo “viviente como fin en sí”. Él es el primero que hace el análisis de la empresa en términos orgánicos socioeconómicos. Se habla de una “comunidad natural centrada en torno a un acontecimiento o a una situación de vida, fundada sobre el recíproco “sentimiento de pertenencia”, articulada en vínculos personales entre los miembros y provista de un interés común, trascendente a los varios intereses singulares que confluyen”¹⁶. Durante la República de WEIMAR (a través del art. 165 de la Constitución de WEIMAR y la Ley 4 de febrero 1920) se desarrollan normativamente los Consejos de Empresa (*Betriebräte*) con una clara voluntad de democratización de la economía, como un ente participativo, definido por el bien común y la colaboración de todos los participantes interesados en él, y con una limitada facultad de *co-decisión* en función del superior interés de la empresa¹⁷.

Este planteamiento jurídico se enmarca en la discusión doctrinal relativa a naturaleza de la relación laboral entre trabajador y empresario, y que ha dado lugar a lo que se conoce como la “lucha entre el contrato y la relación de trabajo”. Frente a la concepción *contractualista* (LOTMAR, HUECK, JACOBI), que reclama la relevancia del contrato de trabajo como eje fundamental constitutivo de la relación de trabajo en base a las normas del contrato de servicios, se halla la tendencia “relacionista” (SIEBERT, NIPPERDEY,

15. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 494.

16. MANCINI, cit. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*. Argot, 2ª Edición, 1983, p. 70 y ss.; 100 y ss.; y 220.

17. HUECK y NIPPERDEY. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Trad. Rodríguez-Piñero y de la Villa. EDERSA. Madrid, 1963, p. 437 a 443. Aunque, siguiendo a RIVERO LAMAS, existen dos precedentes en la legislación alemana: la constitución de comités de trabajadores en 1891, que se elegían democráticamente entre ellos, y a los que el empresario debía oír en materias de organización del trabajo; y la Ley de 5 de diciembre de 1916, que constituyó comités de trabajadores y de empleados en todas las empresas de más de cincuenta trabajadores, para colaborar con el empresario y fomentar la armonía en la empresa. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 495 y 496.

POTTHOFF, MOLITOR), que sostiene que "la esencia de la relación de trabajo no está constituida por las prestaciones y contraprestaciones de las partes, sino por la posición del trabajador y del patrono en la empresa, que determinan una serie de situaciones que se entrecruzan hasta formar un todo complejo: la empresa. La posición del empresario o del trabajador no adquieren relieve jurídico frente a frente, sino en el campo de la empresa; no se intercambian valores patrimoniales, sino actividades personales unificadas en una misión de trabajo, y las partes, en realidad no se precupan del contrato, sino de salarios y condiciones de trabajo en una situación de hecho independiente de toda forma contractual"¹⁸. La exégesis de la creación de la *relación de trabajo*, se halla en la voluntad de explicar algunas situaciones en las que la lógica contractual no puede hallar una solución adecuada para los intereses de los trabajadores. Frente a esta concepción de la empresa-comunidad, se objeta que a través de la *inserción* en la empresa el trabajador pasa a formar parte de un sistema productivo, sin que haya tenido ocasión de manifestar su aquiescencia, manifestada a través de la contratación de su trabajo, lo cual supone un ataque a su dignidad humana¹⁹.

Paralelamente, la doctrina francesa adopta una postura "intermedia" a partir de la idea de la *institution* de HAURIUO²⁰; cuyas notas características son²¹: a) hay una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Esta idea ("idea directriz de la empresa") sobrepasa las nociones de fin y de función, y puede identificarse con la noción de objeto. Así la idea de la empresa es el objeto de la em-

-
18. POTTHOFF, *cit.* BAYÓN CHACÓN. *Grandeza, crisis y renacimiento del laboralismo alemán*. RFDUM. Vol. I, nº 1, 1957, p. 25.
19. BAYÓN CHACÓN. *El concepto jurídico-laboral de empresa*. RFDUM. Vol. III, nº 6, Madrid, 1959, p. 274. *Vid.* al respecto, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. *Contrato de trabajo y relación de trabajo*. Separata Anales de la Universidad Hispalense. Volumen XXVII, Año 1967; y *Empresa y contrato de trabajo*, *op. cit.*, p. 63 y ss; HUECK y NIPPERDEY. *Compendio de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 83 a 86; CAMERLYNK y LYON-CAEN. *Derecho del Trabajo*. 5ª Edición (1972). Biblioteca Jurídica Aguilar. Trad. Ramírez Martínez. Madrid, 1974, p. 262 a 266; NIKISCH. *La incorporación y su significación para el derecho del trabajo*. RPS nº 49, 1961, p. 12 y ss.; MARTÍN BLANCO. *El contrato de trabajo. Estudio sobre su naturaleza jurídica*. EDERSA, Madrid, 1957, p. 131 y ss; PALOMEQUE LÓPEZ. *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1975, p. 144 y ss.; MARTÍN VALVERDE. *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. En "Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo". Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, p. 81 y ss.; ROMAGNOLI. *Autoridad y democracia en la empresa: teorías jurídico-positivas*. CDT nº 1-2, 1975-1976, p. 193 a 200; HERRERO NIETO. *Vieja y nueva problemática en torno a la empresa en el Derecho del Trabajo*. RDM, nº 65, 1957, p. 61 y ss.; y SUÁREZ GONZÁLEZ. *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*. [CPS nº 48, 1960], p. 71 y ss.
20. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la fundación*. Trad. Enrique Sampay. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968; y *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por cuestiones sociales*. RDP, 1926, p. 3
21. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, *op. cit.*, p. 39 y 40.

presa porque la empresa tiene por objeto realizar la idea²²; b) para la organización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios. La voluntad dirigente, está subordinada a la idea directriz de la empresa ("un cuerpo no es nada sin sus órganos y no quiere sino mediante ellos, pero es necesario que éstos quieran para él y no para sí mismos"²³; c) entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos. Estas manifestaciones pueden proyectarse bien en la idea de la obra a realizar o bien en los medios a emplear, pero en cualquier caso, la comunión en la idea "entraña la armonía de las voluntades bajo la dirección de un jefe"²⁴; d) el nacimiento de toda institución resulta de una operación jurídica²⁵; e) las instituciones "en tanto que viven y que aseguran en ellas y en torno de ellas la continuidad de la idea directriz y de su acción, sostienen y mantienen a su alrededor, y en virtud de su poder, todas las situaciones jurídicas que deben perdurar"²⁶.

La proyección de estos criterios a la empresa es obra de LEGAL ET BRÊTHE DE LA GRESSAYE²⁷. Ante la reducción progresiva de la función reguladora del contrato frente a otras normas heterónomas, DURAND y ROUAST reconfiguran el concepto de *institution*, que lejos de negar el contrato y oponerse a él, lo integra. La empresa se configura como una institución jerárquica, de filiación espiritual, dirigida a la consecución del bien común de las partes que la integran, sin que se le configure personalidad jurídica, pues "*n'a pas de droits elle n'assume pas d'obligations*", por lo que se trata de una "*universalité de fait*". Concretamente, de una "institución universal", "*dont les éléments peuvent changer sans que l'unité de l'ensemble soit altérée*". En la medida que "*l'on peut justifier par la théorie de l'institution des anomalies qui ne pourraient être expliquées par celle des contrats. Pourtant, le contrat de travail conserve un rôle dans l'organisation des rapports de travail, et l'on doit plutôt associer les deux idées du contrat et de l'institution*". El mantenimiento del contrato se deriva precisamente de la adhesión a la institución, la cual requiere en cualquier caso, un acuerdo de voluntad, "*et l'on ne voit pas pourquoi cette convention, créatrice d'une obligation, ne mériterait pas le nom de contrat*". El contrato adquiere, así, un valor psicológico en la medida que integra un acuerdo de voluntades de las partes dirigido a unirse y organizarse. Frente a las críticas de la empresa-comunidad, la teoría de la *institution* permite a las partes determinar el contenido de los contratos de trabajo, incluso más favorable, y un respeto por la dignidad y los derechos de las personas, rechazando las medidas autoritarias de empleo

22. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, op. cit., p. 42.

23. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, op. cit., p. 48.

24. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, op. cit., p. 51.

25. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, op. cit., p. 72.

26. HAURIUO. *La teoría de la institución y de la función*, op. cit., p. 75.

27. vid. DESPAX. *L'entreprise et le droit*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1957, p. 365 y ss.

de la mano de obra²⁸. DESPAX, por su parte, aceptando el carácter institucional de la empresa desde un punto de vista sociológico, entiende que aun no se ha resuelto el tema de su calificación jurídica. Sostiene que la empresa tiende a su transformación en una “*personne morale autonome*”, aunque la personalidad jurídica no se ha logrado aun, pues esta “*interpretation, qui pourra peut-être demain être pleinement accepté, ne saurait aujourd’hui être que partiellement retenue. Précisions davantage notre pensée: dans l’état actuel de notre droit positif, l’entreprise peut seulement être considérée comme un sujet de droit ‘naissant’*”, que permite la explicación teleológica de un conjunto de criterios jurisprudenciales y disposiciones normativas que escapan a la técnica jurídica clásica. Aunque advierte que desde la perspectiva del empresario, la empresa se erige en un “*sujet de droit rival*”²⁹.

Finalmente, en un plano intermedio también se sitúa la *teoría de la relación de trabajo de hecho*, que sin contraponerse al contrato, se sitúa junto a él, tomándolo como modelo para explicar situaciones en las cuales su operatividad se estima que no es procedente³⁰.

2. La traducción positiva de dos ideales jurídico-políticos

2.1. La experiencia europea de la posguerra: el ejemplo alemán y francés

En el contexto de la Europa de la posguerra, se registra un clima de solidaridad interclasista que precipita un principio de colaboración y que se traduce en la insti-

28. ROUAST Y DURAND. *Précis de Droit du Travail*. 3e Édition, Dalloz, Paris, 1963, p. 129, 403 y 404. Vid. asimismo, CAMERLYNK Y LYON-CAEN. *Derecho del Trabajo, op. cit.*, p. 263 y 264.

29. DESPAX. *L’entreprise et le droit, op. cit.*, p. 411 y 412. Un sector de la doctrina contemporánea española es partidaria de esta concepción, vid. DIÉGUEZ CUERVO. *Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites*. REDT nº 27, 1986, p. 326: “la empresa como institución”; y LÓPEZ. *La facultad de dirección*. RPS nº 122, 1979, p. 16 y ss: “en el negocio básico laboral, el contrato de trabajo, hay una conexión a un fin común a una pluralidad de personas, conexión que alterándolo no substancialmente (vale decir, no quitándole su tipicidad substancial de negocio de cambio) permite constituir, sobre la base de él, ese todo colectivo que es la empresa, con una autoridad diferenciada, titular de los poderes jerárquicos del empresario”. Vid. también, DE MESQUITA. *El poder disciplinario laboral*. CPS nº 9, 1951, p. 22 y ss. Una crítica a la tesis institucionalista en, SANTORO-PASSARELLI. *Nociones de Derecho del Trabajo*. Trad. Suárez Fernández. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1963, p. 105 y 106.

30. Tesis cuyo máximo exponente en la doctrina española es DE LA VILLA GIL (*Relaciones laborales de hecho*. RDT nº 47, 1961; y *Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las “relaciones laborales de hecho”*. RFDUM nº 14, 1962).

tucionalización de formas de representación de los trabajadores en la empresa y que progresivamente irá convergiendo hacia los planteamientos de la democracia industrial³¹. Dos son los ejemplos paradigmáticos, aunque con desigual éxito: el modelo de cogestión alemán previsto para las empresas del sector siderúrgico y minero; y los comités de empresa franceses.

En cuanto al modelo alemán, la Ley de 1951 de *cogestión cualificada* (*Mitbestimmungsgesetz*), de aplicación a la industria minera y a la del hierro y el acero, y la Ley de 1952 de *cogestión simple* (*Betriebsverfassungsgesetz*), de aplicación al resto de empresas, vienen a formalizar un modelo de *gestión compartida* impuesta por la Administración Aliada al finalizar la guerra (con ocasión de la devolución a los alemanes del control de las empresas del sector siderúrgico) que, como oí decir en ocasiones al profesor MARZAL FUENTES, formaba parte del plan de *desnazificación* que inicialmente se habían propuesto los vencedores de la guerra (incardinado en el propósito general de “democratización del pueblo alemán”). Fin que exigía la *desmilitarización* del país y, para ello, su *desindustrialización* (especialmente, de la industria siderúrgica). Objetivos que se estimó que podrían alcanzarse si se *debilitaba* la estructura societaria alemana³². Y, para las fuerzas aliadas occidentales, la cogestión se erigió en el medio idóneo para ello (además, de un mecanismo de democratización industrial en aras al control del gran patronato alemán, cómplice de HITLER, y de potenciación del sindicalismo alemán por su comportamiento político durante el nacionalsindicalismo)³³. No obstante, el transcurso del tiempo evidenció el equívoco con respecto a la idea de la ineficiencia del modelo de cogestión alemán.

A diferencia de la tradicional concepción comunitaria de la empresa esencialmente señorial (apropiada por el régimen nazi), se pasa a una concepción esencialmente democrática de la comunidad que es la empresa³⁴. El planteamiento de la Ley de 1951 de *cogestión cualificada*, que distingue entre el Órgano de Control y Vigilancia (*Aufsichtsrat*), de estricta composición paritaria, y el Órgano de Gestión (*Vorstand*), designado por aquél, se extendió, con algunos cambios –orientados a preponderar el poder del capital–, al resto de empresas con una cierta dimensión (más de dos mil trabajadores) a través de la Ley de 1976³⁵. En cambio, en la Ley de 1952 de *cogestión*

31. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 497. Haciendo un paralelismo con la evolución de la democracia política, siguiendo a MARZAL FUENTES, se alcanza el estadio final de la evolución de la empresa, tras una etapa de intervencionismo estatal legiferante (monarquía constitucional) y, con anterioridad, de una etapa de absolutismo patronal (monarquía absoluta). MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 126.

32. De un modo similar en, DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 214.

33. Vid. al respecto, MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 253 a 256.

34. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 250.

35. Vid. al respecto, MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 270 y ss.; y RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 505 y 506

simple (sustituida por la Ley de 1972), pensada para empresas de más de 5 trabajadores, la cogestión sólo se plantea con respecto al *Aufsichtsrat*, cuya composición no es paritaria³⁶.

Además, paralelamente a esta fórmula de cogestión en el ámbito de la empresa, la legislación alemana también prevé la existencia de los *Consejos de Empresa*³⁷ –o, en una terminología más próxima a nuestra legislación, también denominados *Comités de Empresa*³⁸– (*Betriebsrat*). Se trata de órganos representativos del personal en su conjunto, cuya composición varía en función del número de trabajadores empleados (siempre que supere el número de 5) y que, *grosso modo*, ejercen un derecho de control obrero, aunque con la propensión de fomentar la colaboración con la dirección de la empresa (hasta el punto de que el empleo de medidas de lucha obrera está prohibido)³⁹.

El modelo francés, en una aproximación sintetizada del análisis del profesor MARZAL FUENTES, se construye a partir del reconocimiento del derecho a la participación en la gestión de la empresa “a todo trabajador” en el preámbulo de la Constitución de 1946, con el objetivo de crear “un derecho del trabajo de inspiración comunitaria y favorecedor de la colaboración de capital y trabajo, construido sobre la idea de empresa”⁴⁰. A pesar de su reconocimiento generalizado (“a todo trabajador”), el ejercicio de este derecho está limitado, pues, sólo puede canalizarse “por intermedio de sus delegados” (sólo elegibles en las empresas de cierta dimensión). La institución de los Comités de Empresa (*Comités d'établissement* y *comités d'entreprise*), inspirados en una cierta tradición francesa de control obrero en la empresa, constituye la plasmación del reconocimiento de este derecho constitucional. Configurados con una vocación no reivindicativa, sino de cooperación entre capital y trabajo (y presidido por el Jefe de Empresa), su concreción en el derecho positivo resulta ciertamente decepcionante, porque al no reconocerse ningún poder de decisión económica, sino sólo un poder consultivo (salvo en la gestión de las instituciones sociales de la

36. Vid. al respecto extensamente, DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 182 y ss.

37. Términos empleados por DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 190.

38. Términos empleados por BREGAN y KARSTEN. *Las relaciones laborales en la Alemania Occidental*. Traducción Martínez Benito. MTSS. Madrid, 1993, p. 135.

39. DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 190, 198 y 203. Las atribuciones conferidas a los Consejos de Empresa son múltiples y abarcan cuestiones de carácter general y específico; derechos de cooperación y de reclamación de los trabajadores, asuntos sociales; estructura del puesto de trabajo, desarrollo de las operaciones y medio de trabajo; asuntos de personal; y, asuntos económicos. Una exposición detallada de cada una de estas atribuciones en, DE LA VILLA, op. cit., p. 205 y ss.

40. CAMERLYNCK y LYON-CAEN. *Droit du travail*. Dalloz. Paris, 1972, p. 12 y 13, cit. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 181.

empresa), no supone la “quiebra el principio tradicional del poder patronal”. Lo que no obsta que, mantenida “intacta la autoridad de la empresa”, sus precursores sostengan que este sistema posibilita que el trabajador esté “estrechamente asociado a la marcha de la empresa en la que trabaja”. La evolución posterior de la institución evidenciará que la fórmula del derecho reconocido en la Constitución es letra muerta, pues, “no representa en todo caso una modalidad de cogestión”⁴¹, por lo que, precisamente por ello, lejos de erigirse en una institución de concordia, creó más problemas que cooperación y acabó convirtiéndose en un instrumento de la clase obrera para mejor plantear su propio esquema de lucha social⁴².

Posteriormente, a raíz de los conflictos sociales y laborales de finales de los años sesenta, se produce una remodelación de los instrumentos de representación de los trabajadores en la empresa⁴³. Así, con la participación con voz consultiva de un representante de cada organización sindical representativa reconocida en la empresa en el Comité de empresa y la institución de los delegados sindicales (y la posibilidad de crear secciones sindicales en la empresa) se institucionaliza un sistema de representación de los trabajadores de carácter dual, de tal modo que la empresa “comienza a afirmarse verdaderamente como sitio privilegiado de organización de las relaciones profesionales”⁴⁴. Pero, paralelamente, con estas modificaciones, la originaria concepción comunitaria de la empresa pasa a convertirse en “una línea de política negociada y contractual”⁴⁵, de carácter conflictivo.

Con las Leyes AURoux (1981-82) y su proclama de la *ciudadanía en la empresa*⁴⁶, se concibe a la empresa como “un lugar de pedagogía mutua del trabajo y del capital”, capaz de autoreglamentarse, en la que, a tal fin, se priman los poderes del Comité y la negociación de empresa y en la que “la empresa se convierte en el lugar esencial de información, de consulta y de negociación de los trabajadores” (y convirtiendo al Derecho del Trabajo en “un derecho de los procedimientos del buen gobierno de la empresa”)⁴⁷. De todos modos, no puede entenderse que se institucionalice un po-

41. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 186 y ss.; y *España hoy: la empresa como problema*, op. cit., p. 27 a 30. Vid. también ALAIN SUPIOT. *Informe francés*, op. cit., p. 21 y 22.

42. MARZAL FUENTES. *España hoy: la empresa como problema*. Edicusa. Madrid, 1977, p. 53 a 55. Vid. también, DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 64 y ss.

43. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 498; y DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 55 y ss.

44. ALAIN SUPIOT. *Informe francés*, op. cit., p. 21.

45. MARZAL FUENTES. *España hoy: la empresa como problema*, op. cit., p. 57.

46. Vid. al respecto, DE LA VILLA. *Aproximación a una crítica del Informe Auroux*. En “El informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1983, p. 13.

47. ALAIN SUPIOT. *Informe francés*, op. cit., p. 24 a 26.

der participado, sino que el Comité de Empresa se configura “como órgano dotado de una especie de contra-poder, y simultáneamente se institucionaliza el conflicto de intereses en el seno de la empresa”⁴⁸.

2.2. La experiencia española

La concepción de la empresa como una comunidad será asumida y desarrollada hasta el extremo por la ideología fascista (alemana, italiana y española) como una prolongación natural de la vida en comunidad, aunque en vez de democrática, esencialmente señorial, en el que la esfera de gestión es de un solo miembro. Conceptuación que, basada en el *Fürerprinzip* (principio que, durante el Franquismo, se proyecta en el “Jefe de Empresa”), es “retórica y no real, anclada en la emotividad y el oportunismo, encubridora de lo irracional con la mística empírica y pseudoteorizante de la nación y de la comunidad”⁴⁹. Por ello, siguiendo a LEGAZ Y LACAMBRA, para el nacionalsindicalismo “lo primario no es, el individuo como ‘*homo economicus*’, ‘*homo iuridicus*’, etc., sino como hombre portador de valores eternos, como orgánicamente integrado en comunidades de vida, en las que realiza la totalidad de sus fines esenciales terrenos; es decir, que lo decisivo para el nacionalsindicalismo desde el punto de vista sociológico es la comunidad. Por consiguiente, el contrato no puede ser una categoría primaria, ni en el ámbito estrictamente jurídico, ni mucho menos en el económico. No hay, para el nacionalsindicalismo ‘contratos de trabajo’ ni individuales ni colectivos. Hay relaciones de trabajo, cuya regulación es función de la comunidad económica nacional”⁵⁰.

De un modo paralelo, aunque desde análisis y exigencias morales diferentes, la doctrina social de los Papas, en protesta por lo que se consideraba como la radical injusticia de la economía capitalista liberal, pero sin querer ceder ante el marxismo (ateísta), hace de la idea empresa-comunidad el factor esencial para “construir una economía por fin humana”⁵¹ y el “plano privilegiado para la construcción moral del edificio económico”⁵².

48. SAGARDOY BENGOCHEA. *El contenido de la reforma laboral socialista en Francia*. En “El informe Auroux. La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1983, p. 41 y 42.

49. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 70, 71 y 249 y ss.

50. LEGAZ Y LACAMBRA. *Estudios de doctrina jurídica y social*. Editorial Bosch, 1940, p. 253. Para un análisis pormenorizado de esta obra, vid. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., en nota, p. 64 y ss.

51. MARZAL FUENTES. *Introducción española al tema de la empresa*. En “NELL-BREUNING. *La constitución de la empresa. Sobre la co-gestión*”. Editorial Hispano Europea. Barcelona, p. IX.

52. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 80. La doctrina social pontificia, sintetizando el planteamiento de MARZAL FUENTES, fue antiliberal y antimarxista. Antiliberal por “la tardía asimilación del mundo político liberal por parte de la conciencia católica y so-

El Franquismo, en una primera etapa, trata de implantar la ideología de la comunidad de empresa nacionalsindicalista (Declaración VIII del Fuero del Trabajo y Ley de Reglamentaciones de trabajo de 1942), nutriéndose de estos dos planteamientos, a fin de anular la oposición de intereses entre empresarios y trabajadores. Se aspira (como se sabe, en esencia, en una concepción más retórica que real) a configurar una tercera vía, ni individualista (liberal) ni aceptadora del conflicto de clases (marxista), sino comunitaria, y la empresa es el campo privilegiado para la construcción de este planteamiento político. En su concepción, la empresa se constituye en el arco de bóveda del edificio social⁵³.

Así, frente a la conflictividad de un modelo social basado en el sindicalismo, se pretende optar por un sistema no participativo y sí integrativo y jerarquizado dentro del orden corporativo nacionalsindicalista. La acción colectiva "fomenta la oposición entre capital y trabajo elevando este contraste a principio rector de la comunidad productora", no favorece la superación de la lucha de clases sino que se entiende que coadyuva a su afianzamiento y mantenimiento. Conflicto que queda neutralizado mediante la comunidad de trabajo, regida por el principio de jefatura o caudillaje, lo que conlleva la supresión de la acción colectiva⁵⁴.

Sin embargo, la voluntad de alcanzar la paz dentro de la empresa, no significa, en opinión de BAYÓN CHACÓN, que se la convierta en un sujeto de derecho⁵⁵. De todos modos, a pesar de la voluntad inicial de introducir la idea de la comunidad de empresa y de la "relación de trabajo", en contraposición a la figura del contrato de trabajo, como eje rector fundamental de las relaciones laborales, queda definitivamente descartada como opción legislativa con la promulgación de la LCT'44⁵⁶. Lo que no quita que en los textos "constitucionales" posteriores permanezca la terminología de la empresa-comunidad, aunque su contenido va diluyéndose progresivamente (Fuero de los españoles de 1945, art. 15.3º; y Principio XI de la Ley de Principios Fundamentales del movimiento de 1958)⁵⁷.

bretado por la miseria obrera. Antimarxista porque el marxismo se mostraba en contra de la religión y porque fomentaba la lucha de clases y, por consiguiente, inspirado por el odio (como contrario a una determinada concepción cristiana de la caridad) – p. 79 y 80.

53. MARZAL FUENTES. *Introducción española al tema de la empresa, op. cit.*, p. IX.

54. POLO. *Del contrato a la relación de trabajo*. Separado de la Revista de Derecho Privado, nº 288 y 289, enero y febrero 1941. Madrid, p. 50 a 53.

55. BAYÓN CHACÓN. *El concepto jurídico-laboral de empresa, op. cit.*, p. 271.

56. MONTROYA MELGAR. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Madrid, 1992, p. 332 y 353.

57. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica, op. cit.*, p. 289 y ss.; y SALA FRANCO. *La movilidad del personal dentro de la empresa*. Tecnos. Madrid, 1973, p. 16 y ss. A pesar de ello, algunas voces siguen proclamando la vigencia de esta concepción, y el supuesto de sucesión de empresa contenido en el art. 79 LCT'44, se erige en el principal exponente de la objetiva-

Posteriormente, la puesta en funcionamiento de los Jurados de Empresa en 1953 (6 años más tarde de lo previsto en la Ley de 1947 que los crea), a imagen y semejanza de los Comités de Empresa franceses, no puede calificarse como un exponente del carácter *comunitario* de la empresa, pues no introduce ningún elemento de codecisión, sino que mantiene el carácter sagrado de la autoridad patronal⁵⁸, convirtiéndose en órganos, más que de la propia empresa, sustitutivos de los sindicatos⁵⁹. Así,

ción de la empresa como ente autónomo diferenciado de la figura del empresario. En contra, BAYÓN CHACÓN sostiene que el hecho de que se proteja especialmente una relación jurídica a través de ciertos cambios personales no da derecho a reconocer una personalidad jurídica en la empresa, porque existen otros supuestos en el ordenamiento en los que se protege, incluso más intensamente, a la parte más débil y ello no da lugar a la creación de una personalidad jurídica unitaria (por ejemplo, apunta, el cambio de titular del inmueble no extingue el contrato de arrendamiento del inquilino). BAYÓN CHACÓN. *El concepto jurídico-laboral de empresa*, op. cit., p. 262. En cambio, PÉREZ BOTIJA entiende que la empresa como sujeto del derecho del trabajo puede enfocarse "como una comunidad de trabajo, aspecto sociológico que revela cierta trascendencia legal". PÉREZ BOTIJA. *El contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1954, p. 41 y ss; y *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*. RGLJ, 1942-II, p. 31 y ss. En términos similares, BLANCO RODRÍGUEZ. *La asunción de obligaciones por la empresa sucesora*. CPS nº 34, 1957, p. 17; BELLÓN GÓMEZ. *Régimen Laboral español*. Selecciones Gráficas, Madrid 1945, p. 262; MENÉNDEZ-PIDAL Y DE MONTES. *Derecho social español*. Vol. I. EDESA. Madrid, 1952, p. 309; ALONSO OLEA. *El despido*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, nota 24, p. 78; RIAZA BALLESTEROS. *Criterios típicos de la jurisprudencia laboral*. Estudios Jurídicos Económicos y Sociales. Madrid, 1955, p. 191 y 192; HERNÁNDEZ MÁRQUEZ. *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1947 (3ª edición), p. 172; CATALÁ. *De la relación jurídica de las partes en el llamado contrato de trabajo*. RT nº 31, 1942, p. 449 y 450.

58. MARZAL FUENTES. *España hoy: la empresa como problema*, op. cit., p. 30 y 31.

59. MARZAL FUENTES. *Empresa y democracia económica*, op. cit., p. 289 y ss. En el mismo sentido BAYÓN CHACÓN, pero basándose en la idea de que las normas que surgen de estos órganos no lo hacen de la propia empresa como unidad sino que tienen su origen o bien de la legislación del Estado o bien de convenios colectivos. Además, a pesar de la existencia de los Jurados de Empresa, afirma que la capacidad negocial pertenece sólo al empresario. BAYÓN CHACÓN. *El concepto jurídico-laboral de empresa*, op. cit., p. 263, 264 y 271. Por su parte, MARAVALL CASESNOVES asevera que, en ningún caso, puede hablarse propiamente de la existencia de la construcción jurídica del concepto de "Comunidad de trabajo" de inspiración alemana. MARAVALL CASESNOVES. *El despido por crisis en el Derecho español*. Separata del nº 2 del Suplemento de Política Social de la Revista de Estudios Políticos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1945, p. 22. En términos similares, RIVERO LAMAS. *Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa*. RPS nº 55, 1962, p. 53; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *La situación jurídica de los trabajadores en la venta judicial de la empresa*. RDT nº 39, 1960, p. 36; DE LA VILLA. *La extinción del contrato de trabajo. Un estudio de la causa 4ª del art. 76 LCT*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1960, nota 27, p. 100; y *Relaciones laborales de hecho*, op. cit., p. 69; SUÁREZ GONZÁLEZ. *El origen contractual de la relación jurídica de trabajo*, op. cit., p. 97 y ss; MOLERO MANGLANO. *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1975, p. 85 y 86; DURÁN LÓPEZ.

puede afirmarse que la reforma supuso un mero “cambio de ropaje”, para mantener las cosas como estaban con anterioridad (esto es, el autoritarismo), y para dar a entender que “lo nuevo era la consecuencia natural e histórica de lo viejo”⁶⁰.

La Constitución de 1978 supondrá el tránsito de un modelo de relaciones laborales autoritario, vertebrado entorno al intervencionismo estatal y a la protección paternalista de los trabajadores, a un modelo democrático, respetuoso de la libertad de iniciativa económica, en un marco de economía de mercado, y de la propiedad privada, así como con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales⁶¹. La participación de los trabajadores no es un derecho constitucionalmente reconocido, aunque lo cierto es que se menciona en el art. 129.2 CE, sin especificarse su contenido mínimo, lo que otorga una amplia libertad para su configuración, siempre que no neutralice el derecho a la libertad de empresa, *ex art. 38 CE*⁶². Por otra parte, como es bien sabido, paralelamente al reconocimiento constitucional de la importancia de los sindicatos en la defensa y promoción de los intereses que les son propios (art. 7 CE), también se proclama el derecho a la libertad sindical (art. 28 CE). Por consiguiente, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico español está preparado para cobijar a través de la legislación ordinaria estructuras participativas de carácter *interno* como *externo*⁶³. Sin embargo, como afirma MARTÍN VALVERDE, la legislación y la práctica española ha tenido una escasa inclinación hacia la participación en los órganos de la empresa o de la sociedad titular de la misma, optándose por una marcada tendencia hacia la participación externa de los intereses del personal frente al empresario⁶⁴.

Así pues, atendiendo a la legalidad ordinaria, la participación de los trabajadores en la empresa puede articularse de dos formas, configurándose un doble canal de representación (de forma análoga al sistema francés): por un lado, mediante la *representación unitaria* – delegados de personal o comité de empresa en función del número de trabajadores (arts. 4.1.g y 61 TRET). Representantes que tienen atribuida la defensa de los intereses del personal, debiéndose ser informados y consultados sobre determinadas cuestiones que afecten al personal y que tienen atribuida la facultad de negociar convenios colectivos de empresa. Y, por otro lado, de forma simultánea (y, por tanto, no excluyente), también puede constituirse la *representación*

La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por las deudas salariales en la transmisión de empresa. RDM, nº 131, 1974, p. 85 y 85; y HERRERO NIETO. *Vieja y nueva problemática en torno a la empresa en el Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

60. MARZAL FUENTES. *España hoy: la empresa como problema*, *op. cit.*, p. 29 y 30.

61. DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, *op. cit.*, p. 106.

62. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, *op. cit.*, p. 521.

63. *Cfr.* DE LA VILLA. *La participación de los trabajadores en la empresa*, *op. cit.*, p. 106.

64. MARTÍN VALVERDE. *Informe español.* En “Empresa y derecho social”. Bosch Editor – Esade. Barcelona, 2001, p. 145.

sindical (sección sindical o delegados sindicales) en virtud de la LO 11/1985, que representa los intereses del sindicato en la empresa (sin que se le impida su participación en los órganos de representación unitaria) y a la que también se le confiere la facultad de negociar convenios colectivos.

3. Valoración final

En la actualidad, como consecuencia del nuevo escenario económico, dominado por un contexto de innovación tecnológica y de cambio constante de las estructuras productivas y organizativas, se advierte una evolución en la canalización de la participación de los trabajadores en la empresa, potenciándose una participación de carácter *cooperativo*, que implica una mayor *integración* de los trabajadores (y no meramente su *participación*)⁶⁵. Convergiendo, cada vez más, hacia la tan ansiada democracia económica (lo que a la postre significa un acercamiento a los planteamientos propuestos, entre otros, por la doctrina social de la Iglesia⁶⁶).

Por tanto, la participación de los trabajadores en la empresa aspira a alcanzar la cooperación de los trabajadores en la adopción de decisiones que afectan a la empresa o, incluso, en el ejercicio del poder de la misma. De modo que, como expone sintetizadamente MARZAL FUENTES, la tradicional representación colectiva en la empresa, conceptualizada para la defensa de los intereses contrapuestos (la lucha de clases en lo colectivo y el carácter exclusivamente sinalagmático del contrato en lo individual), esto es, para expresar y canalizar la oposición de estos intereses, es superada por una nueva concepción de la participación, que coexiste con la primera pero contradictoria con ella, en la que se reconoce a los trabajadores facultades de decisión en la empresa a través de sus representantes, concretadas en la posibilidad de limitar la gestión empresarial y/o en la entrada de los trabajadores en la gestión⁶⁷. Y, el tratamiento normativo de la SAE se nutre, sin duda, de estos planteamientos.

De tal modo, que en la actualidad, estas dos formas de representación colectiva de los trabajadores en la empresa (para la defensa de los intereses contrapuestos y para la participación en la gestión) coexisten, aunque manifestadas de formas distintas:

65. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 499.

66. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 501.

67. De todos modos, como afirma RIVERO LAMAS, las formas de participación se proyectan también en ámbitos distintos al del ejercicio de los poderes empresariales, concretándose estas otras manifestaciones en la atribución a los trabajadores de derecho de carácter económico-financiero sobre el capital, sobre fondos de inversión, en los beneficios o en los resultados. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 494. Aunque, como afirma MARZAL FUENTES, en términos históricos, la participación de los beneficios tendrá más bien escaso éxito, revelándose como algo escasamente consistente, aunque en la actualidad se constate un cierto resurgimiento. MARZAL FUENTES. *Prólogo*, op. cit., p. 10.

doble participación (una, conflictiva y, la otra, participativa), en Alemania; *única representación* (conflictiva y participativa), en Inglaterra; y *doble representación conflictiva* (unitaria y sindical), en países latinos como España, Francia o Italia⁶⁸.

Desde otro punto de vista, el principio democrático ha permeado en la configuración de las relaciones laborales en la actividad empresarial, dando lugar, a lo que se ha denominado, en términos de RIVERO LAMAS, la "idea política de democracia industrial en el marco de la empresa"⁶⁹. Así, la implicación de los representantes de los trabajadores a través de las diversas fórmulas de participación o de la negociación colectiva, así como la potenciación de mecanismos de concertación social como instrumento regulador del mercado de trabajo son manifestaciones heterogéneas del concepto político de democracia industrial o económica.

En este sentido, es importante tener en cuenta, siguiendo al profesor MARZAL FUENTES, que la democracia económica, significa, "la legitimación del poder económico de la empresa y ello quiere decir efectivamente que no se deja el alma para entrar en ella. En cambio no quiere decir (...) que desaparezcan de su interior los conflictos y la contradicción de intereses, individuales o colectivos, de sus miembros"⁷⁰. Lo que, asimismo, tampoco comporta que, con esta participación, se alcance una minimización de la conflictividad en la empresa, sino que, como sostiene LUJÁN ALCARAZ, "en la tesitura de adoptar decisiones organizativas estratégicas casi a diario, que colocan a la empresa en un continuo estado de reconversión, la participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de gestión de buena parte de ellas (gestión interna de recursos humanos, productividad, relaciones interempresariales, etc.) sirve para legitimarlas ante los trabajadores afectados"⁷¹. Circunstancia que ha modificado la percepción del empresariado con respecto a la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Todo ello se ha traducido en la aparición de nuevas formas de participación en la organización del trabajo y en los resultados económicos de la empresa, así como en la utilización de los comités de empresa como instancias de consulta y negociación sobre los aspectos de la organización de la estructura empresarial y como prolongación de los derechos de información⁷².

68. MARZAL FUENTES. *Prólogo*, op. cit., p. 9 a 11.

69. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 494.

70. MARZAL FUENTES. *España hoy: la empresa como problema*, op. cit., p. 183 y 184.

71. LUJÁN ALCARAZ. *La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 octubre 2001 por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*, op. cit. (versión digital). En términos similares, RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 499.

72. RIVERO LAMAS. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, op. cit., p. 499.

LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO LABORAL DE CONSEJEROS Y ADMINISTRADORES EJECUTIVOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL VÍNCULO

MARÍA JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ
Profesora Agregada de Derecho del Trabajo
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia de Comillas de Madrid

SUMARIO

1. Antecedentes: la situación laboral de los consejeros ejecutivos con anterioridad a la postulación de la teoría del vínculo.	379
2. Teoría del vínculo: presupuestos, consolidación e incidencia en el ámbito laboral	380
3. Posturas revisionistas y propuestas para una reconducción futura de la teoría del vínculo.	384

1. Antecedentes: la situación laboral de los consejeros ejecutivos con anterioridad a la postulación de la teoría del vínculo

Para el derecho del trabajo, la acumulación de la condición de consejero y alto directivo constituye un problema relativamente reciente, dado que, hasta la aparición del RD 1382/85 que regula la relación laboral especial de la alta dirección, ambos colectivos permanecían extramuros del ordenamiento laboral¹. En ese momento, pues, no existía una categorización muy precisa sobre estas figuras, si bien el consejero-delegado, que a las funciones asesoras y consultivas propias del órgano de administración añade las de dirección y gerencia empresarial, viene a ser considerado el prototipo de la alta dirección, máxima expresión de responsabilidad y confianza².

Tras la adscripción de los altos directivos al ámbito laboral, la jurisprudencia social comienza por admitir la compatibilidad del régimen laboral y el mercantil, asumiendo una doble vinculación en los sujetos que pertenecen al órgano de administración de la empresa— y en consecuencia se encuentran excluidos del ordenamiento laboral a tenor de lo dispuesto por el art. 1.3.c) ET— pero que, a la par, desarrollan labores ejecutivas y directivas y, por tanto, pueden ser titulares

1. Como se sabe, pese a que la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 acuña por primera vez el concepto de relación laboral especial e incluye como tal a la prestación de servicios de los altos directivos, no será hasta la aparición del Estatuto de los Trabajadores y, más concretamente, hasta el RD 1384/85 cuando se dote de contenido a esta figura, aplicándose hasta ese momento la exclusión del ámbito laboral prevista en el art. 7 Ley Contrato de Trabajo de 1944, que alcanzaba a quienes desempeñasen en la empresa “funciones de alta dirección, alto Gobierno o alto Consejo”, vid. en detalle, MARTÍNEZ MORENO, C. *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994, VAL TENA, A.L. *Los trabajadores directivos de la empresa*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

2. Vid. en este sentido, MOLERO MANGLANO, C. *El contrato de alta dirección*, Cívitas, Madrid, 2004, pág. 181.

de una relación laboral especial³. Se opta, así, desde una perspectiva dualista o permisiva, por un criterio funcional que atiende principalmente a la naturaleza diversa de los cometidos que se desempeñan en la empresa y que, a la postre, había venido siendo el referente utilizado por la jurisprudencia para admitir, igualmente, la prestación laboral como trabajador ordinario de los consejeros y administradores⁴.

2. Teoría del vínculo: presupuestos, consolidación e incidencia en el ámbito laboral

Con la sentencia de 29 de septiembre de 1988, el Tribunal Supremo emprende sin embargo un giro jurisprudencial en esta materia y formula por primera vez la que, desde entonces, se ha denominado “teoría del vínculo”⁵. En la misma, y en contra de lo que se había venido sosteniendo hasta el momento, se plantea la imposibilidad de diferenciar, desde una perspectiva funcional, la actividad del alto directivo y la del consejero, ya que a éste último le corresponderían no sólo labores asesoras y consultivas, sino todos los actos de administración de la empresa en sentido amplio. No se trata, por tanto, de establecer un catálogo de cometidos más o menos relevantes, sino de determinar si esos cometidos son “inherentes” al cargo de consejero, y lo son si se refieren a la administración y gestión de la sociedad. A partir de ahí, la exclusión del ámbito laboral opera no ya dependiendo de las funciones encomendadas, sino de la naturaleza del vínculo en virtud del cual se realizan. De tal forma que, las tareas ejecutivas y directivas, aun siendo propias de la alta dirección, no podrán dar lugar a un contrato laboral si, quien las asume, lo hace como consejero en el desempeño de su cargo.

Esta doctrina, a priori aislada, será recogida y sistematizada por decisiones posteriores, en particular por las SsTS 21 enero 1991, 3 junio 1991 (caso Elosúa), 27 enero 1992. En todas ellas el elemento fáctico venía referido a socios fundadores o consejeros con participación accionarial– y por tanto a sujetos en los que podían suscitarse dudas en cuanto a la concurrencia de los requisitos de laboralidad– que realizaban simultáneamente tareas directivas para la sociedad, pero lo cierto es que, a partir las mismas, el Tribunal Supremo otorga carta de naturaleza y consagra con carácter general la incompatibilidad del cargo de consejero– mercantil– con una relación

3. Vid. entre otras, SsTS 3 febrero 1986, 28 septiembre 1987, 22 febrero 1988.

4. SsTS 28 septiembre 1987, 5 julio 1988, 6 octubre 1990.

5. Vid. LIMON LUQUE, M.A. *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2004, DESDENTADO, A.–DESDENTADO, E. *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores: calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

de alta dirección– laboral⁶. Aun con reticencias iniciales, la jurisprudencia posterior adoptará como propia esta premisa, que se recogerá prácticamente sin fisuras y con un llamativo grado de consenso, tanto en las decisiones de las salas de lo social y lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, como en las de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia⁷. La aplicación maximalista que se ha venido haciendo de la teoría del vínculo ha generado, no obstante, un efecto expansivo en distintos órdenes, mucho más controvertido y de dudosa consistencia:

a. Por un lado, la exclusión automática de todos los consejeros ejecutivos del ámbito laboral, desatendiendo la situación y circunstancias concretas de cada uno dentro de la sociedad, ha llevado a la desprotección de un buen número de ellos, injustificadamente además en la mayor parte de las ocasiones. Y es que, como insistentemente ha señalado la doctrina, las tareas directivas y ejecutivas, aun cuando se desarrollen en calidad de miembro del órgano de administración de la empresa, no siempre se asumen en idénticas condiciones, ni presuponen la autonomía e independencia propias de quien encarna la titularidad jurídica de la empresa. Es relevante, así, la condición de accionista del consejero-delegado o sus vínculos personales con quienes ostentan una participación significativa en el capital social, que sugieren una capacidad de influencia y de decisión real en la marcha de la sociedad frente a quien, por el contrario, no cuenta con esa implicación. Debe tomarse en cuenta, también, la trayectoria profesional del sujeto en la empresa, ya que si el acceso al Consejo se produce desde un puesto laboral anterior y no a la inversa, es mucho más probable que su presencia en dicho órgano no venga acompañada de una capacidad decisoria efectiva⁸. Ha de valorarse, igualmente, la

6. Algunos fragmentos de estas decisiones resultan particularmente significativos y han sido profusamente citados por la jurisprudencia posterior: “es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía...” (STS 3 junio 1991); “cuando se ejercen funciones de esa clase, la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación no será laboral” (STS 21 enero 1991).

7. Entre las más recientes, STSJ Madrid 27 junio 2006 (director general miembro del Consejo de Administración con una participación del 10% del capital social), STSJ Aragón 20 junio 2006 (administrador único y socio mayoritario), STSJ Cataluña 17 marzo 2006 (administrador con participación accionarial), STSJ Canarias 13 junio 2006 (administrador único y socio mayoritario).

8. Así, el “ascenso” del alto directivo al Consejo suele obedecer, en la práctica, a la necesidad de establecer una comunicación más fluida que favorezca la ejecución de las decisiones adoptadas en el órgano de administración, a lo que se suma en ocasiones el deseo de significar y

estructura organizativa de la empresa y las delegaciones de poder que en función de la misma se realizan, para determinar la amplitud de las facultades que ostenta el consejero-ejecutivo y las posibilidades con que cuenta para su ejercicio, esto es, si se atribuyen de forma exclusiva o compartida esos poderes, los mecanismos de control que se prevén, etc...Y, en fin, como señala acertadamente la STS 24 octubre 2000 ha de considerarse si la participación en el Consejo es "formal" o "real" y eclipsa, en consecuencia, la posibilidad de un trabajo dependiente, lo que no ocurre cuando "no se precisa ni un solo acto del Consejo de Administración en el que el trabajador interviniera decisivamente en la marcha de la sociedad, de modo que el vínculo laboral fuera absorbido por el mercantil".

Frente a ello, la tendencia de la jurisprudencia a hacer abstracción de estas circunstancias, ha privado a estos consejeros de la tutela que ofrece el ordenamiento laboral, lo que conlleva consecuencias particularmente graves en determinadas cuestiones, como a efectos del encuadramiento en la Seguridad Social, en lo relativo a la extinción de contrato— con la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones previstas legalmente en estos casos, o en el acceso a la jurisdicción social— más ágil y barata que la alternativa civil⁹. Y, en este sentido, como indica MOLERO MANGLANO¹⁰, puede llegar a pensarse en que se dé la situación paradójica de que se impulse el acceso al Consejo de Administración del trabajador con la exclusiva finalidad de eludir las responsabilidades derivadas de su contrato de trabajo.

- b. Desde otra perspectiva, la teoría del vínculo no sólo niega la posible concurrencia de un contrato laboral de alta dirección y un nexo mercantil como miembro del órgano de administración, sino que, al reconducir las funciones ejecutivas y de gerencia a la relación orgánica que el sujeto mantiene con la empresa, parece excluir correlativamente la posibilidad de que exista una relación jurídica contractual autónoma entre las partes que regule dichas tareas. Evidentemente, en este punto, la construcción jurisprudencial no hace sino ahondar en una problemática mucho más amplia acerca del estatuto jurídico, más o menos flexible, que debe reconocerse al administrador social. A este respecto, la normativa societaria presume, con cierto anacronismo, el carácter gratuito del cargo de administrador, exigiendo en todo caso previsión estatutaria expresa acerca de las posibles retribuciones que se pacten y de las indemnizaciones por cese¹¹. Amparándose en

"premiar" a quien ha demostrado una valía y competencia profesional a lo largo de muchos años de prestación de servicios a la empresa.

9. Sin que, por otra parte, el consejero tenga tampoco ninguna seguridad de ver satisfechas sus expectativas en esta sede, que en algún caso ha negado ya validez a un blindaje incluido en un contrato por considerar que atenta contra el principio de libertad de designación de los consejeros que las normas mercantiles reconocen a la Junta de accionistas (STS sala 1ª 30 diciembre 1992, caso *Huarte*).

10. Vid. "El contrato...", cit. pág. 202.

11. Art. 130 RD legislativo 1564/89 Ley Sociedades Anónimas, Ley 2/95 Sociedades Limitadas.

ello, y con el trasfondo de la teoría del vínculo, buena parte de la doctrina mercantilista¹² se decanta por reconocer, en el caso de los administradores y consejeros, la existencia de una única vinculación orgánica con la sociedad, que aglutina y absorbe todas las funciones que el sujeto pueda desempeñar a favor de aquélla. Esta postura contrasta con los planteamientos que se hacen en algunos ordenamientos de nuestro entorno, como el anglosajón, donde se reconoce la figura del contrato de servicios, celebrado con administradores ejecutivos en los que se han delegado funciones de dirección y gerencia empresarial¹³. Pero, sobre todo, viene a ignorar una realidad ampliamente extendida en el funcionamiento y organización interna de la sociedad, como es la existencia de distintos tipos de consejeros, con un papel claramente diferenciado. Si tradicionalmente el miembro del órgano de administración se configura como representante del capital con funciones consultivas y asesoras (consejero *pasivo* o *durmiente*), desde hace ya algún tiempo esta figura convive con consejeros que desempeñan labores de gerencia empresarial y asumen un mayor protagonismo en la empresa, lo que les obliga a una dedicación exclusiva y exige, además, una elevada y especializada competencia profesional (consejero *activo* o *ejecutivo*)¹⁴. Aun dando por bueno que estas tareas directivas resulten *inherentes* al cargo de consejero y que existe una coincidencia funcional con la alta dirección¹⁵, es claro que los consejeros ejecutivos asumen un plus de actividad con respecto a los consultivos que debe ser objeto de reconocimiento y compensación específicos e instrumentarse adecuadamente. Y, en este sentido, nuestro ordenamiento jurídico carece de cauces apropiados para

12. Vid. una cita detallada en SÁNCHEZ GIMENO, S. *Los contratos-civiles o laborales- de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades*, Rev. Derecho Mercantil, núm. 245, 2002, pág. 1472.

13. Vid. SÁNCHEZ GIMENO, S. *Los contratos...*, cit., pág. 1465 donde se analizan igualmente las soluciones previstas en otros sistemas como el alemán.

14. En esta línea, tanto el Código Olivencia como la Comisión Aldama (2002) incluyen, entre sus propuestas para mejorar las normas de conducta en el gobierno corporativo, una categorización de los distintos tipos de consejeros. Esta clasificación ha tenido su reflejo normativo en la Orden Mº Economía 3722/2003 y la Circular 1/2004 de la CNMV, en las que se diferencia entre *consejeros ejecutivos*, que realizan funciones directivas en la sociedad, *consejeros externos dominicales*, representantes de quienes ostentan alguna participación significativa en la sociedad, y *consejeros externos independientes*, designados objetivamente por su prestigio profesional y su capacidad para aportar experiencia y conocimientos al gobierno de la empresa.

15. A este respecto, MOLERO MANGLANO, C. *El contrato...*, cit., pág. 205 critica la excesiva docilidad con la que la doctrina viene admitiendo esta coincidencia funcional y señala cómo la práctica empresarial contradice esta afirmación, en la medida en que, con independencia de las decisiones estratégicas sobre la marcha de la sociedad, la asunción de labores directivas y de gestión constituye un ámbito de actividad autónomo, que implica en todo caso dar cuenta al Consejo de dichas tareas y ser responsable de las mismas y, a estos efectos, no existe diferencia sustancial entre un alto directivo y un consejero-delegado.

atender los intereses legítimos de quien lleva a cabo estas labores de gerencia empresarial, en la medida en que, como hemos señalado, se viene negando reiteradamente la posibilidad de suscribir contratos– laborales o no– que, subordinados a la relación orgánica que el sujeto mantiene con la empresa, proporcionen cobertura a estas actividades.

En relación con este punto, debe señalarse que, dentro de la aplicación monolítica que la jurisprudencia ha realizado de la teoría del vínculo, se ha excepcionado en ocasiones la incompatibilidad entre el vínculo mercantil y el laboral cuando los estatutos sociales contemplan de forma separada y con funciones definidas el cargo de consejero y el de alto directivo¹⁶. Se atiende, así, a un dato puramente formal– la previsión estatutaria expresa– para reconocer la concurrencia de una relación laboral y el vínculo orgánico que el sujeto mantiene con la empresa. Con razón es éste uno de los aspectos más duramente criticados de esta doctrina jurisprudencial, en cuanto viene a poner de manifiesto la incoherencia que, en los planteamientos de fondo, aqueja a la teoría del vínculo. Y es que si la relación orgánica entre el consejero y la empresa absorbe y aglutina las tareas directivas y de gestión que pueda tener encomendadas éste, no puede admitirse una configuración separada de esas labores a través de una relación contractual, única y exclusivamente por el hecho de que exista una delegación expresa de funciones en los estatutos de la sociedad¹⁷. Si ese plus de actividad que, como indicábamos anteriormente, asumen los consejeros ejecutivos quiere reconocerse a través de una relación jurídica autónoma, no puede hacerse depender exclusivamente ese reconocimiento de un apoderamiento formal que probablemente puede resultar más idóneo pero que, a estos efectos, es tan válido como una delegación interna de funciones dentro del órgano de administración como consecuencia de la cual, se terminan por encomendar al consejero dichas labores directivas.

3. Posturas revisionistas y propuestas para una reconducción futura de la teoría del vínculo

La escasa satisfacción que para muchos de los problemas expuestos ofrece la teoría del vínculo, deberían llevar a cuestionar en primer término las razones que han justificado su extensión y su pervivencia durante un período de tiempo tan prolongado. Sin entrar en un debate que no corresponde en este momento, sí se aprecia sin embargo en este tema, como en otros, un cierto “seguidismo” jurisprudencial, a lo

16. Vid. por todas, STS 13 mayo 1991, STSJ Cataluña 25 enero 2001.

17. Lo contrario, como indica LIMON LUQUE, M.A. *Administradores y directivos...*, cit. pág. 77 es una puerta abierta al fraude, cuando lo que se pretende es crear una apariencia de laboralidad que no es tal, aprovechando para ello la mención en los estatutos sociales; y, en cualquier caso, conduce a otorgar un tratamiento desigual a situaciones que son objetivamente análogas (por ejemplo, un consejero pasivo que ostenta el cargo de director gerente previsto en los estatutos frente al consejero-delegado que realiza esas mismas funciones sin previsión expresa estatutaria).

que se une una poco disimulada desconfianza a afrontar análisis jurídicos profundos más allá de simplismos y estereotipos. Ello no obsta en cualquier caso para que, especialmente en los últimos años, se hayan abierto diversas vías críticas que abogan por una interpretación más matizada, que tome en consideración la pluralidad y complejidad de situaciones en las que pueden encontrarse los consejeros ejecutivos dentro de la empresa.

a. Un primer indicio de cambio lo encontramos en el ámbito de la Seguridad Social, donde la progresiva asimilación de los postulados de la teoría del vínculo llevó a replantear el encuadramiento en la Seguridad Social de los consejeros ejecutivos. Así, si bien inicialmente se reconocía pacíficamente su adscripción al Régimen General por asimilación, la asunción de la nueva doctrina jurisprudencial en el campo de la Seguridad Social conduciría a la remisión de estos consejeros al RETA, e incluso a defender en algún momento su exclusión absoluta del sistema público de protección social¹⁸. La intervención del legislador¹⁹ pone fin a esta situación de confusión e incertidumbre, estableciendo la adscripción de los consejeros ejecutivos al Régimen General por asimilación, salvo que se acredite que dichos consejeros ostentan el *control efectivo* de la sociedad, en cuyo caso procedería el encuadramiento en el RETA. La principal novedad reside en la introducción de la noción de control efectivo, que determina la concurrencia o no de ajenidad en la prestación de servicios, y cuya apreciación se objetiviza a través de una serie de presunciones legales²⁰. Con ello, el ordenamiento de la Seguridad Social toma postura apartándose del camino emprendido en el ámbito laboral, algo que en principio no resulta sorprendente considerando la autonomía formal que existe entre ambos ordenamientos. Pese a lo cual, en supuestos simila-

18. Un estudio detallado de esta evolución en, LIMÓN LUQUE, M.A. *Administradores y directivos...*, cit., pág. 149 y ss.

19. Las Leyes 66/97 y 50/98, 30 diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, recogen en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 4 junio 1996, 29 enero 1997) que venía a configurar a los consejeros ejecutivos como “trabajadores por cuenta ajena no dependientes” y, en consecuencia, podrían encuadrarse en el Régimen General salvo que ostentaran una participación significativa en el capital social, y ello porque la condición de dependencia o independencia en que se presten los servicios podrá ser relevante para el ámbito laboral, pero no lo es necesariamente para el de la Seguridad Social.

20. Art. 97.2.a) y Dad. 27ª LGSS. Muy sintéticamente, las previsiones legales establecen que existe control efectivo siempre que un sujeto puede influir de manera decisiva en la conformación de la voluntad social, presumiendo *iuris et de iure* dicho control cuando el sujeto posee, al menos el 50% del capital social; en cambio, se presume *iuris tantum* el control cuando el sujeto posee, al menos 1/3 del capital social; cuando el sujeto posee, al menos, un 25% del capital social y tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad; o bien cuando el 50% del capital social, al menos, está distribuido entre socios con los que el sujeto convive y con los que guarda vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado.

res precedentes— así, la adscripción de los altos directivos al RGSS tras la LGSS de 1966 y pese a su exclusión en ese momento del ámbito laboral— el desajuste en el campo de la Seguridad Social ha marcado el comienzo de cambios de mayor calado que han terminado por trasvasarse al ámbito laboral. Y, a este respecto, el concepto de control efectivo manejado por la normativa de la Seguridad Social constituye un valioso elemento de juicio para clarificar las condiciones de prestación de servicios de los consejeros ejecutivos en la empresa y, en su caso, la laboralidad de los mismos.

- b. Desde la jurisprudencia, por su parte, pueden señalarse dos iniciativas de interés: la primera, procede de la sala de lo social del TSJ de Madrid que, desde hace algún tiempo, trata de atemperar los efectos negativos que conlleva la aplicación de la teoría del vínculo en algunos supuestos²¹. De esta forma, aun partiendo de la incompatibilidad entre la relación mercantil y la laboral que se predica para los miembros del órgano de administración de la empresa, el TSJ de Madrid considera que, cuando el acceso al Consejo de administración se produce desde una relación laboral anterior de alta dirección, esta relación no se extingue automáticamente, sino que quedaría en suspenso durante el período en el que el sujeto desempeñe su actividad como miembro del Consejo. Se realiza, con ello, una aplicación analógica de lo previsto en el art. 9 del Decreto 1382/85 de Alta Dirección, que contempla la suspensión de la relación laboral ordinaria durante un período mínimo de dos años cuando el trabajador promociona a un puesto de alta dirección. En realidad, pues, no se trata tanto de revisar los planteamientos de la teoría del vínculo como de mitigar sus efectos, permitiendo que en estos casos el consejero pueda reclamar, al menos, los derechos laborales que le corresponden por el período de servicios anterior a su nombramiento como miembro del órgano de administración. Con todo, esta línea jurisprudencial no deja de ser una posición aislada dentro de la aplicación uniforme que se ha hecho de la teoría del vínculo, pero ello no le resta valor en la medida en que aporta una solución ingeniosa para aquellos trabajadores que pueden verse más desprotegidos en estas situaciones, poniendo con ello de relieve, además, uno de los puntos más débiles de esta doctrina jurisprudencial.

La segunda de las iniciativas reseñables en el panorama jurisprudencial entraña, a nuestro juicio, una mayor carga de profundidad para los postulados de la teoría del vínculo y resulta particularmente cualificada, por tratarse de pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, la STS sala 1ª 9 mayo de 2001 (caso *Mattel*) reconoce la validez de la indemnización prevista en un contrato de servicios suscrito por un consejero-delegado, alegando que dicha compensación había sido fijada por la sociedad y ofrecida con posterioridad al consejero y no a la inversa— con lo que se evitaba un posible fraude por auto-contratación²²— y en la medida en que las labores de gerencia y dirección encomendadas al sujeto por vía contractual “reba-

21. SsTSJ Madrid 21 diciembre 1999, 17 enero 2000, 31 octubre 2000, 9 octubre 2006.

22. Con ello, se marcan distancias con respecto a supuestos anteriores que pudieran considerarse análogos, como el del caso *Huarte*, vid. nota 9.

saban las propias de los administradores". Sobre esta base, la STS sala 4ª 26 febrero 2003 realiza, si bien *obiter dicta*, importantes puntualizaciones llamadas a matizar algunos de los presupuestos fundamentales sobre los que se asienta la teoría del vínculo: a) desde un punto de vista práctico no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien se ha vinculado con la sociedad vía contractual mediante un pacto específico, y ello con independencia de la calificación jurídica– civil como contrato de servicios o laboral como alta dirección– que haya de otorgarse a dicho pacto; b) conceptualmente, quien asume esta prestación de servicios se somete a algunas limitaciones que en ningún caso pueden reconducirse a la figura del administrador: así, debe sujetarse a instrucciones que emanan del consejo, pero sin que su participación en dicho consejo sea determinante en cuanto a las instrucciones recibidas; mientras que, a la par, compromete su plena dedicación a gestionar la empresa.

A tenor de todo lo expuesto, podemos concluir:

1º–. La teoría del vínculo, al sostener que la vinculación orgánica que el administrador mantiene con la empresa absorbe las tareas directivas y de gestión que se le puedan encomendar, impide de facto que dichas labores de gestión se canalicen a través de una relación jurídica autónoma de naturaleza contractual– bien sea a través de un arrendamiento civil de servicios o de un contrato laboral de alta dirección. Con ello, los consejeros-delegados y administradores ejecutivos sufren una importante desprotección, y ello aun cuando sus responsabilidades dentro de la empresa les exigen una dedicación exclusiva a la misma y un alto nivel de cualificación profesional. En este sentido, se ha planteado en ocasiones los posibles riesgos de fraude y autocontratación que podrían derivarse de admitirse la suscripción de contratos con estos sujetos, si bien se trata más bien de un problema de control que puede solucionarse con relativa facilidad atribuyendo mayores facultades a la Junta de accionistas e incidiendo en la transparencia de las operaciones sociales.

2º–. De admitirse la vía contractual para dar cobertura a los servicios de gestión que llevan a cabo los consejeros y administradores, queda por determinar si dichos servicios podrían articularse a través de un contrato laboral de alta dirección o, por el contrario, deberían instrumentarse necesariamente a través de un contrato civil o mercantil. En este punto, se ha señalado la excesiva laboralización de esta figura en que puede llegar a incurrirse, ante la dificultad de establecer parámetros claros para delimitar la naturaleza jurídica de los servicios prestados. Con todo, existen, a nuestro juicio, elementos suficientes para proceder a una valoración ajustada en cada supuesto concreto, y a estos efectos puede señalarse el juego de presunciones legales que establecen las normas de Seguridad Social para determinar la existencia o no de control efectivo dentro de la sociedad, así como las restantes circunstancias que ha ido poniendo de manifiesto la jurisprudencia: trayectoria profesional del sujeto en la empresa, delegación de funciones y organización interna de la empresa, posición del sujeto dentro del Consejo y capacidad decisoria real, entre otras.

LA DISOCIACIÓN ENTRE EL DELITO SOCIETARIO DE DISPOSICIÓN FRAUDULENTO DE LOS BIENES SOCIALES Y EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA: ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA¹

JAVIER GÓMEZ LANZ
Profesor Propio Adjunto de Derecho Penal
Facultad de Derecho - ICADE
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO

1. Introducción	391
2. Presupuestos del debate: doctrina jurisprudencial sobre el tipo de apropiación indebida, conflicto con el tipo recogido en el artículo 295 y soluciones adoptadas por las sentencias de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002	392
3. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.....	398

1. Tengo la satisfacción de dejar constancia de que en la elaboración de este trabajo he contado con la cooperación de Tomás Acosta Álvarez, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, quien, con esta colaboración, ha verificado la tarea asociada a la ayuda al estudio que, como "alumno con aprovechamiento académico excelente", le otorgó la Comunidad Autónoma de Madrid para este curso académico 2006-2007.

1. Introducción

El artículo 295 del Código Penal de 1995 estaba llamado a convertirse en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal societario. Los artículos 368 del Proyecto de Código Penal de 1980 y 297.1 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 constituyeron manifestaciones tempranas de la voluntad de incriminar específicamente las conductas de administración desleal del patrimonio social realizadas por los gestores de las sociedades. Esta voluntad, expresada también en los artículos 302 del Proyecto de Código Penal de 1992 y 296 del Proyecto de Código Penal de 1994, cristalizó finalmente en el vigente artículo 295 y en la consiguiente tipificación de dos modalidades distintas de comportamiento: (i) la disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y (ii) la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados².

Sin embargo, la predecible relevancia del artículo 295 ha resultado mediatizada por la incertidumbre que, desde el primer momento, ha estado presente en su apli-

2. Alternativas que han pasado a ser conocidas, respectivamente, como “tipo de infidelidad” y “tipo de abuso” (vid. E. BACIGALUPO ZAPATER, *“Los delitos societarios en el Código Penal”*, en *Anales de la Academia matritense del notariado*, Tomo XXXVII, 1998, págs. 23 y sigs.). La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha empleado en ocasiones estas mismas expresiones para designar las dos modalidades de comportamiento del artículo 295 (sentencia de 26 de julio de 2004 –RJ 2004/4212– y auto de 21 de diciembre de 2005 –JUR 2006/53676–) e incluso ha extendido el uso de la primera de ellas al delito de apropiación indebida, para aludir a la conducta de distracción (entre otras, sentencias de 26 de febrero de 1998 –RJ 1998/1196–, 12 de mayo de 2000 –RJ 2000/3462–, 21 de noviembre de 2000 –RJ 2000/10642–, 2 de noviembre de 2001 –RJ 2002/940–, 1 de febrero de 2002 –RJ 2002/2228–, 24 de mayo de 2002 –RJ 2002/6716–, 15 de julio de 2002 –RJ 2002/8427–, 30 de septiembre de 2002 –RJ 2002/8851–, 18 de octubre de 2002 –RJ 2002/9584–, 4 de febrero de 2003 –RJ 2003/2431–, 11 de febrero de 2003 –RJ 2003/2082– y 15 de marzo de 2004 –RJ 2004/2935–).

cación. Al margen de algunos desaciertos en la redacción de la conducta típica³, la principal causa de esta inseguridad se halla en las dificultades para resolver los problemas que genera la presencia simultánea en el Código Penal de los artículos 295 y 252, descriptivo este último del tipo de apropiación indebida. Estos problemas resultan fundamentalmente del crédito adquirido en las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo por la doctrina que distinguía en el artículo 535 del Código de 1944-1973 (antecedente del vigente 252 del Código de 1995) dos conductas típicas diferentes: la de apropiación y la de gestión desleal.

Aun cuando la posibilidad de estos conflictos fue prevista –y afrontada– con prontitud por los dogmáticos⁴, la controversia se hizo pública cuando emergió en dos sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que, pese a contemplar hechos con un alto grado de semejanza y ser fruto –por otra parte– de recursos de casación presentados por el mismo sujeto, adoptaron soluciones diversas para la resolución del conflicto. Se trata de las ya clásicas sentencias de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/1196, caso *Argentina Trust*) y de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/6357, caso *Banesto*).

En la situación descrita, este trabajo se propone determinar qué trayecto ha seguido en este asunto la doctrina de la Sala 2ª desde la publicación de la segunda de las resoluciones citadas, al objeto de identificar si cabe hablar hoy propiamente de una doctrina jurisprudencial o, en su defecto, si existe alguna opinión prevalente.

A fin de formular correctamente los términos del debate, previamente se presentan de forma sucinta los elementos que configuran el escenario en el que aquél se plantea.

2. Presupuestos del debate: doctrina jurisprudencial sobre el tipo de apropiación indebida, conflicto con el tipo recogido en el artículo 295 y soluciones adoptadas por las sentencias de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002

El artículo 535 del Código Penal de 1944-1973 castigaba con las penas previstas para la estafa a “los que, en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos

3. Como son, por señalar algunos evidentes, la sintaxis ambigua que impide determinar con certeza si la producción de perjuicio directo es una exigencia que afecta también a la modalidad de disposición fraudulenta o sólo al “tipo de abuso”, y el uso de “depositarios” en lugar de “depositantes” en la enumeración de posibles sujetos pasivos.

4. *Vid.*, por todos, J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles”, en *La Ley*, 1997, Tomo I, págs. 2053 y sigs.

o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido". Con algunas diferencias (como la fijación de un límite típico atinente a la cuantía de lo apropiado o la ampliación del elenco de posibles objetos materiales de la conducta), la similitud con el vigente artículo 252 del Código de 1995 es notable.

Pese a que los Tribunales y los autores siempre se han referido a este tipo con la denominación 'apropiación indebida' (rúbrica de la Sección en la que actualmente se inscribe), es evidente que 'apropiar' no era en el 535 (ni es en el 252) el único verbo descriptivo de la acción: variedades de acción típica eran (y son) también 'distraer' y 'negar haber recibido'. Esta acumulación de modalidades de comportamiento introdujo un notable grado de complejidad en el tipo y, en particular, propició que se convirtiera en objeto tradicional de debate la relación existente entre las acciones típicas de apropiación y distracción.

Entre los dogmáticos que se ocuparon de la cuestión bajo el texto punitivo anterior y en los primeros momentos de vigencia del Código de 1995 imperaba la tesis de que la distracción es una forma de apropiación⁵; esto es, defendían que tanto la modalidad de "apropiación" como la de "distracción" entrañan (i) la realización de un acto dominical ilícito y (ii) la existencia de un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. La única diferencia radicaba, según la versión más extendida de esta opinión, en la identidad del beneficiario de la conducta: el propio sujeto activo (en el caso de la "apropiación") o un tercero (en el caso de la "distracción"). Asimismo, era también preponderante la opinión jurisprudencial partidaria de atribuir naturaleza apropiatoria a la distracción, aunque existían divergencias acerca del criterio distintivo entre las conductas de "apropiación" y "distracción"⁶.

5. Así, entre otros, A. CASTRO MORENO, A., *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 292 y sigs.; N. J. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, PPU, Barcelona, 1994, pág. 186; P. FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 531 y sigs.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *El delito de administración desleal...*, op. cit., pág. 2054; J. J. GONZÁLEZ RUS, en AA. VV., *Curso de Derecho Penal español. Parte especial. Tomo I*, Marcial Pons, Dir. M. Cobo del Rosal, Madrid, 1996, pág. 707; A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 174 y sigs.; J. M. PAREDES CASTAÑÓN, "Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida", en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pág. 246, y J. A. SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1977, págs. 80 y sigs. Es innegable, en este sentido, que la rúbrica de la Sección en la que se halla ubicado actualmente el artículo 252 constituye un argumento contextual de indudable solidez para defender esta tesis.

6. Así, mientras que sentencias como las de 9 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9111), 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10549) y 2 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8267) vinculaban la distracción con la disposición del bien al margen de lo pactado, pero sin incorporación al propio patrimonio, otras sentencias, como las de 25 de febrero de 1991 (RJ 1991/1424), 31 de mayo de 1993 (RJ 1993/4298) y 15 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9012), reservaban la conducta de "distracción" para los objetos materiales de carácter fungible.

Sin embargo, ya antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 aparecieron resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que afirmaban que en el artículo 535 del Código de 1944-1973 no se describía sólo un tipo delictivo, sino dos comportamientos típicos sustancialmente diversos: el de apropiación (que exige la incorporación al propio patrimonio –a veces se alude meramente al “ánimo” de incorporación– de cosas muebles ajenas) y el de distracción (que sólo implica la gestión desleal del patrimonio que se administra, causando un perjuicio al titular de este último)⁷. Esta opinión, que involucraba la afirmación de que una de las modalidades típicas del delito de apropiación indebida carecía de naturaleza apropiatoria, halló también acogida entre los dogmáticos, aunque en menor medida que la primeramente expuesta⁸.

La presencia de esta última doctrina en sentencias de la Sala 2ª posteriores ya a la entrada en vigor del Código de 1995⁹ apuntaba la posibilidad de un conflicto entre la conducta típica de distracción (recogida en el nuevo artículo 252 en los mismos términos que en el 535 antecedente) y la de disposición fraudulenta de bienes de la sociedad por los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, incriminada en el nuevo artículo 295. Este conflicto es precisamente el que se planteó en la sentencia de 26 de febrero de 1998.

En ella, ante hechos que no permitían afirmar el efectivo apoderamiento de fondos por parte del recurrente en casación, sino un mero acto de disposición perjudicial para el titular del patrimonio administrado por aquél, la Sala 2ª del Tribunal Supremo insiste punto por punto en la yuxtaposición –en el derogado 535 y en el vigente 252– de “dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. (...) De acuerdo con esta interpretación de la norma (...), el uso de los verbos apropiarse y distraer en el art. 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en

7. Se trata de las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 7 y 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1858 y 1994/2150).

8. Ésta es la opinión, por ejemplo, de J. A. CHOCLÁN MONTALVO, “Acerca de la mal llamada «apropiación indebida» de dinero”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 335, 1998, págs. 1 y sigs.; M. L. SILVA CASTAÑO, *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 118 y sig., y “El delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: estudio de los arts. 252 a 254 del Código Penal”, en E. BACIGALUPO ZAPATER ET AL., *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 108 y sig., y T. S. VIVES ANTÓN y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en T. S. VIVES ANTÓN ET AL., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 472.

9. Como la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8741).

sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado (...).

Así las cosas, el Tribunal, en la tesitura de definir la relación que media entre esta “gestión fraudulenta” del artículo 252 y la “disposición fraudulenta” del 295, defiende que la amplitud típica del 535 del texto de 1944-1973 se mantiene en el vigente 252, de forma que la tipificación del 295 ha de entenderse como un complemento de la incriminación establecida en el 252 y no como una nueva regulación (sustitutiva) de la gestión fraudulenta tipificada en este último enunciado legal. Ello comporta la existencia de un concurso de leyes entre ambas normas en relación con los hechos que ocupan, según esta tesis, el espacio de intersección entre los círculos típicos definidos por los artículos 252 y 295 (doctrina de los “círculos secantes”).

Para el Tribunal, este concurso de leyes ha de resolverse según lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal vigente (la conocida como “regla de alternatividad”), que determina la aplicación del precepto que prevé la pena más grave. En el momento en el que se dictó esta sentencia, el artículo 252 establecía –por remisión al artículo 249– una pena de prisión de seis meses a cuatro años (con la posibilidad de aplicación de las cualificaciones del artículo 250 –en concreto, la del 250.1.6ª, efectivamente aplicada en el caso–, lo que suponía un marco penal abstracto más grave –prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses–), mientras que el 295 señalaba una pena de prisión de seis meses a cuatro años, alternativa a una pena de multa del tanto al triple del beneficio obtenido¹⁰.

Tanto la doctrina de los “círculos secantes” como el recurso a la regla 4ª del artículo 8 para la resolución del consiguiente concurso de leyes fueron, por lo general, criticadas por la doctrina (en su mayor parte defensora, como se ha indicado, de la natura-

10. En rigor, la afirmación de la existencia del concurso de normas, propia de la doctrina de los “círculos secantes”, es independiente de la identificación de la regla de alternatividad como criterio para la resolución del concurso. En particular, si se asume esta doctrina parece más sólido desde el punto de vista técnico propugnar la aplicación de la regla de especialidad (1ª del artículo 8), toda vez que el 295 precisa el contexto –societario– en el que se produce la acción típica, restringe la condición de sujeto activo a los “administradores de hecho o derecho” y a “los socios”, y exige, a diferencia del 252, que la conducta se realice “en beneficio propio o de un tercero”. No cabe duda de que la aplicación de esta regla conduce a una “paradoja penológica”, en tanto que no se advierten razones que justifiquen el trato privilegiado de la conducta incriminada en el artículo 295 respecto de la tipificada en el 252, pero el desacuerdo con la solución político-criminal adoptada por el legislador no debe perturbar la identificación de la regla que procede legalmente aplicar. Esta paradoja, no obstante, desaparece en buena medida, como más adelante se indicará, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003.

leza apropiatoria de la “distracción”¹¹, pero, no obstante, hallaron eco en las resoluciones de la Sala 2ª inmediatamente posteriores a la del caso *Argentina Trust*, llegando a imponerse a la anterior tesis mayoritaria que declaraba el carácter apropiatorio de todas las modalidades típicas recogidas en el artículo 535 del Código de 1944-1973. Entre ellas, pueden destacarse las de 15 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9763), 16 de febrero de 2001 (RJ 2001/472), 29 de mayo de 2001 (RJ 2001/4577) y 31 de enero de 2002 (RJ 2002/1584), a las que cabe añadir las resoluciones en las que la Sala 2ª asume sin ambages la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252 (por razón del empleo del verbo ‘distrar’), pues de este presupuesto se sigue la afirmación de la existencia del concurso de normas entre el 252 y el 295¹².

11. *Vid.*, en particular, M. BAJO FERNÁNDEZ, “Administración desleal y apropiación indebida”, en *La Ley*, 2001, Tomo I, págs. 1718 y sigs.; M. BAJO FERNÁNDEZ, y S. BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho Penal Económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 602 y sigs.; J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “De nuevo: sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal”, en *La Ley*, nº 4680, 26 de noviembre de 1998, págs. 1 y sigs.; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario de administración desleal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 96 y sigs., y T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas reflexiones acerca de la Sentencia del «caso Argentina Trust»”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Vol. v, Aranzadi, 1998, págs. 133 y sigs.

Por el contrario, la solución fue bien recibida por los autores que habían defendido la dualidad de conductas típicas en los artículos 535 del Código de 1944-1973 y 252 del Código de 1995, como E. BACIGALUPO ZAPATER, “La administración desleal en el nuevo Código Penal”, en *La administración desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 203 y sigs., y M. L. SILVA CASTAÑO, “De nuevo sobre el delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: resolución del concurso de los artículos 252 y 295 del Código Penal”, en *Revista canaria de ciencias penales*, núm. 6, 2000, págs. 97 y sigs., así como, posteriormente, por otros como B. MAYO CALDERÓN, “La interpretación del delito de apropiación indebida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” (TOL 1.025.810), *passim*, y J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1216. BACIGALUPO ZAPATER, que había sido el ponente de las sentencias de 1994 que anticipan la doctrina asumida por la Sala 2ª en el “caso *Argentina Trust*”, modifica en el trabajo citado su opinión –aunque parcialmente–, al descartar la existencia de un concurso de leyes entre los artículos 252 y 295 cuando el dinero es el objeto material de la distracción, por entender que la referencia de este último artículo a “los bienes de la sociedad” no se extiende al dinero y que, en consecuencia, los actos de disposición de dinero sólo pueden ser típicos del artículo 252.

12. *Vid.*, de entre éstas, las Sentencias de 18 de abril de 2002 (RJ 2002/5561), 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/2228), 23 de enero de 2002 (RJ 2002/1436), 7 de diciembre de 2001 (RJ 2003/355), 26 de noviembre de 2001 (RJ 2002/807), 2 de noviembre de 2001 (RJ 2002/940), 29 de octubre de 2001 (RJ 2002/939), 24 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10658), 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10642), 21 de julio de 2000 (RJ 2000/6917), 14 de julio de 2000 (RJ 2000/6583), 12 de julio de 2000 (RJ 2000/6575), 12 de mayo de 2000 (RJ 2000/3462), 17 de marzo de 2000 (RJ 2000/1719), 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9204), 17 de octubre de 1998 (RJ 1998/6880), y 3 de abril de 1998 (RJ 1998/2383).

Un tanto abruptamente, en este escenario de acuerdo jurisprudencial sobre la relación entre las conductas típicas descritas en los artículos 252 y 295, apareció la sentencia de 29 de julio de 2002 (caso *Banesto*) con una doctrina alternativa sobre la cuestión.

Los términos en los que esta sentencia resuelve el conflicto entre ambas normas son claramente dispares de los acogidos por la sentencia de 26 de febrero de 1998. Así, en el F.J. 28º de los relativos al recurso del acusado Mario C. C., pese a afirmar que la Sala está “de acuerdo con la solución dada en aquel caso concreto a la cuestión planteada” (lo que se está convirtiendo en cláusula de estilo cada vez que acontece un giro de timón jurisprudencial), se altera el presupuesto fundamental de la doctrina de los “círculos secantes” en tanto que se afirma que no existe concurso de normas entre el 252 y el 295 en la medida en que no existe, previamente, una zona de intersección entre los círculos de tipificación trazados por ambos enunciados legales. El único punto de contacto entre ambos artículos es el administrador de hecho o de derecho de la sociedad, quien, ubicado en esta posición de confluencia, puede desarrollar conductas (i) atípicas (“cuando se ajusta a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente”, o bien “realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil”), (ii) típicas de disposición fraudulenta de bienes sociales del artículo 295 (“cuando el administrador actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero”, sin “ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal”) y (iii) típicas de apropiación indebida del artículo 252 (“cuando el administrador, prevaleciendo como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad”).

De acuerdo con esta doctrina de los “círculos tangentes”, la apropiación indebida y la disposición fraudulenta de bienes sociales, reúnen como único factor común el hecho de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la disposición fraudulenta, tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación. La sentencia de 29 de julio de 2002 manifiesta, pues, una divergencia con el criterio establecido en la de 26 de febrero de 1998 para la delimitación de los tipos de los artículos 252 y 295, que entraña también una reivindicación de la naturaleza apropiatoria de la modalidad típica de distracción del 252.

Se aparta, sin embargo, esta doctrina de la tesis –previa a la sentencia del caso *Argentina Trust*– que reconocía en la distracción la realización de un acto dominical ilícito resultante en un incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver –como en la apropiación–, pero que, a diferencia de ésta, beneficiaba a un tercero y no al propio sujeto activo de la conducta. Así, la sentencia de 29 de julio de 2002 requiere para la aplicación del 252 –tanto en la modalidad de apropiación como en la de distracción– la constancia de la incorporación al patrimonio del sujeto activo de los bienes que constituyen el objeto material de la conducta. Como señala

GÓMEZ BENÍTEZ, esta exigencia impide distinguir de forma mínimamente clara las dos formas típicas del delito de apropiación indebida y comporta, adicionalmente, que la distracción definitiva del dinero administrado en beneficio de un tercero –comportamiento incontestablemente constitutivo de una apropiación según la doctrina y la jurisprudencia previas al caso *Argentia Trust*– ha de considerarse siempre una administración desleal (que será típica del artículo 295 si supone una disposición fraudulenta de bienes sociales realizada por un administrador o un socio, o bien atípica si no se dan estas condiciones)¹³.

En el siguiente apartado de este trabajo se procederá a examinar si cabe considerar esta resolución como una excepción en la línea jurisprudencial instituida por la sentencia de 26 de febrero de 1998, o bien si constituye el inicio de un cambio en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre este asunto.

3. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo

El análisis de las resoluciones dictadas por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en los momentos próximos a la publicación de la sentencia de 29 de julio de 2002 evidencia una situación de incondicional continuidad con la doctrina de los “círculos secantes” instaurada por la sentencia de 26 de febrero de 1998.

Así, tanto en los meses restantes de 2002 –sentencias de 7 de noviembre (RJ 2002/10072) y 26 de noviembre (RJ 2002/10513)– como a lo largo de 2003 –sentencias de 19 de septiembre (RJ 2003/8869), 9 de octubre (RJ 2003/7233) y 2 de octubre (RJ 2003/7518)– las resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que abordan directamente la demarcación entre la apropiación indebida y la administración desleal reproducen la doctrina de los “círculos secantes” sentada en el caso *Argentia Trust*. Adicionalmente, en las sentencias atinentes en exclusiva al tipo de apropiación indebida se reitera de forma invariable durante este período la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252 (por razón del empleo del verbo ‘distrar’)¹⁴. Sólo cabe citar como posible excepción la sentencia de 13 de mayo de 2003 (RJ 2003/3984) aunque ésta, si bien invoca la sentencia de 29 de julio de 2002 y procla-

13. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, “Los delitos de apropiación indebida y disposición abusiva de los bienes sociales en el Código Penal y en la Jurisprudencia (Reflexiones con motivo de la Sentencia del T. S. sobre el caso Banesto)”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004, págs. 1 y sigs.

14. Sentencias de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8851), 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003/308), 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2959), 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/4061), 17 de marzo de 2003 (RJ 2003/2909), 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/2690), 30 de abril de 2003 (RJ 2003/4697), 23 de julio de 2003 (RJ 2003/6950), 16 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6074), 17 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6357), 20 de octubre de 2003 (RJ 2003/7497) y 14 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9388).

ma, en relación con el delito tipificado en el artículo 295, que “no se ha conseguido sentar la tesis de la homogeneidad con el delito de apropiación indebida”, condena como apropiación indebida una desviación de fondos que no llegan a integrarse en el patrimonio del administrador (criterio fundamental para la calificación como apropiación indebida según la doctrina de los “círculos tangentes” elaborada en la citada sentencia de 29 de julio de 2002).

La misma situación se advierte con carácter general en el año 2004: siguen a la sentencia de 26 de febrero de 1998 las resoluciones de 2 de febrero (RJ 2004/2112), 27 de febrero (2004/1755), 2 de noviembre (RJ 2004/8091) y 15 de diciembre (2005/43), además de aquéllas en que se proclama sin más la dualidad de conductas típicas (apropiación y gestión desleal) recogidas en el artículo 252¹⁵. La excepción viene dada en este caso por la sentencia de 25 de octubre de 2004 (RJ 2004/6853) que, si bien recurre expresamente a la doctrina de los “círculos secantes”, confirma la condena como delito del artículo 295 de una gestión desleal que no conduce los bienes sociales al patrimonio del administrador.

Tanto en las sentencias del año 2003 como en las del año 2004 la doctrina de los “círculos secantes” había conducido a la aplicación del delito del artículo 252 a los hechos integrados en la zona de intersección de los dos tipos (en virtud de la regla de alternatividad). La entrada en vigor el 1 de octubre de 2004 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, propició –cuando menos– un replanteamiento de la cuestión, porque, merced a la reforma del artículo 249 operada por esta Ley, la pena de prisión aparejada a las conductas típicas del artículo 252 dejaba de tener una extensión de 6 meses a 4 años (idéntica a la de la pena de prisión prevista en el artículo 295 como alternativa a la de multa proporcional del tanto al triplo del beneficio obtenido) y pasaba a tener una extensión de 6 meses a 3 años, inferior, por tanto, a la establecida en el 295. La modificación, sin embargo, no tuvo efectos apreciables en el contenido de las sentencias, pues los Tribunales, en aplicación de la regla de alternatividad, siguieron otorgando carácter preferente al artículo 252, bien por la presencia en los hechos de alguna de las cualificaciones del 250, bien por la valoración de la pena alternativa de multa proporcional como un elemento determinante de la menor gravedad del marco penal establecido en el artículo 295¹⁶.

Continuando con el análisis diacrónico, en el año 2005 se siguen hallando tanto sentencias que expresamente enuncian la doctrina de los “círculos secantes” –así, las de 11 de mayo (RJ 2005/6025) y 23 de noviembre (RJ 2006/3329)– como sentencias –éstas, en un número mayor– que, sin hacer explícita referencia a aquélla, recogen la tesis

15. Entre otras, sentencias de 15 de enero (RJ 2004/203), 13 de febrero (RJ 2004/1619), 23 de abril (RJ 2004/3457), 14 de mayo (RJ 2004/5190), 4 de junio (RJ 2004/5045), 22 de junio (RJ 2004/5062), 24 de junio (RJ 2004/5070) y 13 de diciembre (RJ 2004/8206).

16. *Vid.* sobre esta cuestión la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2007/361).

relativa a la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252¹⁷. Entre las primeras puede citarse también la de 28 de junio (RJ 2005/9307) que, si bien acude a la doctrina de los “círculos secantes” en la adopción de la decisión, cita incidentalmente la sentencia de 29 de julio de 2002 en la recopilación de jurisprudencia que incorpora.

Novedosa es, sin embargo, la opinión defendida por la sentencia de 11 de julio de 2005 (RJ 2005/5418), que se aleja por igual de las tesis sentadas por las de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002. En este sentido, coincide con la doctrina y la jurisprudencia tradicional sobre el delito de apropiación indebida en tanto que declara la naturaleza apropiatoria de la distracción, pues vincula ésta con los supuestos en los que “el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”. La insistencia en este último extremo queda patente cuando, más adelante, señala la necesidad de que “con la conducta del autor se extraiga definitivamente la cosa del ámbito de disposición de su propietario o, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega”. Se trata de una doctrina más próxima a la clásica que la tesis de los “círculos tangentes”, ya que asienta en el carácter definitivo de la expropiación la calificación como apropiación de la conducta de distracción, en lugar de atender –como defendía la sentencia de 29 de julio de 2002– a la incorporación de los bienes apropiados al patrimonio del sujeto activo.

Sin embargo, la vocación de permanencia de la distracción –factor en el que apuntala esta sentencia de 11 de julio de 2005 la exclusión de la mera gestión desleal como conducta típica del artículo 252– no es clave en la delimitación de las conductas típicas de distracción (252) y disposición fraudulenta de bienes sociales (295). A estos efectos, la sentencia distingue entre los supuestos de “exceso extensivo” y los de “exceso intensivo” en la administración. En los primeros, típicos del artículo 252, se produce “una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. (...) la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite”; en cambio, en los segundos, típicos del artículo 295, “el administrador desleal actúa en todo momento como tal administrador (...) dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. (...) su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas”.

No habría, por tanto, zona de intersección entre las áreas delimitadas por cada uno de estos comportamientos típicos ni, en consecuencia, concurso de normas entre los

17. Entre otras, sentencias de 15 de enero (RJ 2005/895), 31 de enero (RJ 2005/2321), 7 de abril (RJ 2005/4311), 8 de junio (RJ 2005/9668), 30 de junio (RJ 2005/6513), 5 de octubre (RJ 2005/8102), 18 de octubre (RJ 2005/7599), 7 de noviembre (RJ 2005/7528) y 19 de diciembre (RJ 2006/1441).

artículos 252 y 295¹⁸. La diferenciación, sin embargo, no radicaría, como en la doctrina de los “círculos tangentes”, en la existencia de un efectivo ingreso de bienes sociales en el patrimonio del administrador ni tampoco, como parecería atisbarse en la primera parte del razonamiento de la sentencia (y como defendían la doctrina y jurisprudencia anteriores al caso *Argentina Trust*), en el carácter definitivo del incumplimiento de la obligación de devolver o entregar, sino en el carácter intensivo o extensivo del exceso en la administración, esto es, en atención a la esfera (dentro de las funciones o de modo ajeno a éstas) en la que se produce el exceso en la administración¹⁹.

En los años 2006 y 2007, aun cuando persiste la vigencia generalizada de la doctrina establecida por la sentencia de 26 de febrero de 1998 [y en este sentido cabe destacar las sentencias de 25 de enero de 2006 (RJ 2006/3331), 27 de enero de 2006 (RJ 2006/4603), 29 de mayo de 2006 (RJ 2006/3424), 7 de junio de 2006 (RJ 2006/4761), 11 de abril de 2007 (RJ 2007/3850) y 11 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5374) así como aquéllas que afirman la incriminación de la gestión desleal en el artículo 252]²⁰, ha comenzado también a hallar acogida en las resoluciones de la Sala 2ª la corriente

18. J. MUÑOZ CUESTA, “Pago de grandes cantidades de dinero a directivos de entidad bancaria: ¿delito societario, apropiación indebida o mero funcionamiento del mundo empresarial?”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 29, 2006, *passim*, recoge esta tesis, pero afirma que determina la existencia de un concurso de normas resoluble mediante la regla de especialidad del artículo 8.1º del Código Penal. Ya se indicó en el texto que esta última opinión puede resultar más sólida técnicamente en el contexto de la doctrina de los “círculos secantes”, mas no parece defendible, en cambio, si se acepta una previa disociación entre ambos tipos delictivos, toda vez que ello determina la inexistencia de conflicto y, por ende, del concurso de normas.

19. Este criterio había sido ya apuntado por J. G. FERNÁNDEZ TERUELLO, *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 322; A. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, págs. 215 y sigs., y T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones...*, *op. cit.*, págs. 133 y sigs. Como señala C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito societario...*, *op. cit.*, pág. 109, en relación con las opiniones de los autores que se acaban de citar, atender a la esfera de competencias del administrador a fin de determinar si se ha producido una apropiación indebida o una disposición fraudulenta de bienes no entraña un distanciamiento relevante del criterio tradicional de definición de las conductas apropiatorias (a partir de la expropiación definitiva), pues “cuando el administrador se apropia de los bienes de la sociedad que administra ello comporta ineluctablemente obrar totalmente al margen de la esfera de competencias propias de su cargo (...) mientras que en las conductas de usos temporales ilícitos el administrador no actúa así, dado que en principio posee un poder de disposición jurídicamente válido sobre el patrimonio administrado para llevar a cabo dichos usos (...)”.

20. Entre otras, sentencias de 13 de febrero (RJ 2006/4420), 24 de febrero (RJ 2006/5796), 11 de abril (RJ 2006/4798), 5 de julio (RJ 2006/7195), 14 de julio (RJ 2006/6088) y 21 de julio (RJ 2006/8169) –todas ellas de 2006– y las sentencias de 14 de marzo de 2007 (TOL 1.053.731), 23 de mayo de 2007 (RJ 2007/4815) y de 19 de junio de 2007 (RJ 2007/4989). Cabría mencionar también la sentencia de 7 de junio (RJ 2006/7000), si bien es ésta una resolución

doctrinal que hace descansar la delimitación entre el 252 y el 295 en la naturaleza extensiva o intensiva del exceso en la administración. Así lo acreditan las sentencias de 17 de julio de 2006 (RJ 2006/7697), 14 de noviembre de 2006 (RJ 2007/360) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007/3845), aunque en las dos primeras hay una referencia –que no va más allá de la mera mención– al caso *Argentina Trust* y a la doctrina de los “círculos secantes”²¹.

Así las cosas, cabe concluir que en este momento la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se encuentra a este respecto dividida en dos direcciones principales.

La primera de ellas, mayoritaria en los últimos años y cimentada en la sentencia de 26 de febrero de 1998, que defiende (i) la presencia de dos modalidades delictivas en el artículo 252, (ii) la naturaleza no apropiatoria de la distracción y su vínculo con la gestión desleal de patrimonios administrados, (iii) la existencia de una zona de confluencia entre la distracción del 252 y la disposición fraudulenta de bienes sociales del 295, y (iv) la resolución del concurso de normas resultante conforme al criterio de alternatividad previsto en la regla 4ª del artículo 8 del Código Penal.

La segunda de ellas, minoritaria en estos momentos, pero con fuerte respaldo doctrinal y conexión con la doctrina y jurisprudencia clásicas sobre la apropiación indebida. Se caracteriza por afirmar el carácter apropiatorio de todas las modalidades típicas del 252 y, por consiguiente, la inexistencia de una zona de confluencia entre los artículos 252 y 295. Esta segunda dirección presenta dos alternativas principales: (a) la doctrina de los “círculos tangentes” establecida en la sentencia de 29 de julio de 2002, con muy escasa presencia en resoluciones posteriores –pese a su notoriedad–, y seriamente cuestionada por los autores al ligar necesariamente la tipicidad del 252 con la incorporación al patrimonio del sujeto activo de los bienes que conforman el objeto material del comportamiento, y (b) la doctrina apuntada por las recientes sentencias de 11 de julio de 2005, 17 de julio y 14 de noviembre de 2006, y 15 de febrero de 2007, que engarza nítidamente con la doctrina y la jurisprudencia sobre la apropiación indebida previas al caso *Argentina Trust* (en tanto que conecta la apropiación con la realización de actos dominicales ilícitos que determinan el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver), y que atiende al carácter extensivo o intensivo del exceso en la administración para delimitar las esferas típicas de la apropiación indebida del 252 (en cualquiera de sus modalidades) y de la disposición fraudulenta de bienes del 295 (que, de este modo, ofrecería cobertura fundamentalmente a los actos dominicales ilícitos que no determinan la definitiva apropiación del bien).

oscura que, tras invocar la doctrina de los círculos secantes, cita seguidamente la sentencia del caso *Banesto* para aducir la incriminación de la gestión desleal en el artículo 295

21. La reciente sentencia de 2 de octubre de 2007 (TOL 1.153.513) afirma simultáneamente este criterio de delimitación entre los artículos 252 y 295 y la doctrina de los «círculos secantes», lo que entraña una reducción –a los casos de exceso extensivo– de la zona de intersección en la que se produce concurso de normas.

ÍNDICE GENERAL TOMO I

Presentación	9
Federico Fernández de Buján	
Esencia del contrato de sociedad desde Roma y la RAE	13
1. Proemio	15
2. El por qué del contenido de mi intervención	16
3. Tentativo de aproximación lingüística	16
4. Intento de definición jurisprudencial	21
5. Un apunte sobre las aportaciones de los socios	26
Olga Marlasca Martínez	
Algunas figuras societarias en el Derecho Romano y particularidades de las mismas	31
1. Introducción	33
2. Consideraciones generales sobre las sociedades en algunas civilizaciones de la antigüedad	35
3. Evolución de las figuras societarias en el derecho romano	36
4. <i>Consortium ercto non cito</i>	40
4.1. <i>Consortium fratrum suorum</i>	42
4.2. <i>Consortium ad exemplum fratrum suorum</i>	43
4.3. Régimen del <i>consortium</i>	44
4.4. Disolución del <i>consortium</i>	45
5. <i>Societas omniuni bonorum</i>	46
6. Influencia de la sociedad familiar en el contrato de sociedad	46
Javier Pérez Duarte	
El burgués emprendedor y el capitalista del éxito	51
1. Espíritu y economía	53

2. La persona como esfuerzo y preocupación	55
3. El buen burgués.....	58
4. «Santa Economicidad» y moral de los negocios	64
5. El nuevo empresario en su carrusel	68

Manuel M^a Zorrilla Ruiz

Una enseñanza del uso divergente del Derecho..... 75

1. Toma de razón de la presencia de las sociedades de capitales en el <i>universo pluralista</i> de los grupos sociales	77
2. Atribución de la cualidad de sujetos de Derecho a los <i>núcleos de referencia</i> que las sociedades de capitales constituyen	80
3. Razón de ser de la injerencia del uso divergente el Derecho en el dinamismo y las vicisitudes de las sociedades de capitales	82
4. Flexibilización del absolutismo de los postulados que conciernen al tema de la personalidad e inmunidad jurídicas de las sociedades de capitales	84
5. Destilación gradual de los principios que, por motivaciones de equidad, permiten reducir o suspender la plenitud e integridad de los efectos de la personalidad jurídica de las sociedades de capital	84
6. Particularidades del uso divergente en la práctica judicial anglosajona ..	86
7. Pensamiento de problemas y variedad de respuestas que ofrecen al respecto los ordenamientos jurídicos del sistema continental englobados en la familia romanogermánica	89
8. Uso divergente del Derecho de sociedades ante el carácter alternativo de los modelos económicos	91
9. Reflexiones finales.....	93

Aitziber Mugarra Elorriaga y Marta Enciso Santocildes

Empresas sociales: Identidad y experiencias en el país vasco 95

Julio Añoveros Trías de Bes

Distintos aspectos de la sociedad anónima europea 111

1. Las modernas normas comunitarias sobre la SAE	113
1.1. La Directiva 201/86/CE del Consejo de 8 de octubre del 2001.....	113
1.2. La Directiva 2003/72/CE del Consejo de 22 de Julio de 2003.....	115
1.3. Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades económicas y cooperativas europeas	115
2. El reglamento (ce) nº 2157 del Consejo de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea.....	118
2.1. Síntesis	118

2.1.1. Contexto	118
2.1.2. Constitución	119
2.1.3. Capital mínimo	119
2.1.4. Domicilio social	119
2.1.5. Normas aplicables	119
2.1.6. Inscripción y liquidación	119
2.1.7. Estatutos	119
2.1.8. Cuentas Anuales	120
2.1.9. Fiscalidad	120
2.1.10. Disolución	121
2.2. Ley de Sociedades Anónimas	121
3. Comunicación de la comisión al consejo y al parlamento europeo (Com 2003/284 final). Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la UE	122
3.1. Informes del Parlamento Europeo sobre la estudiada comunicación: Comisión Jurídica (7 de abril de 2004). Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (24 de febrero de 2006). Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía (18 de febrero de 2004). Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (26 de enero de 2004)	124
3.1.1. Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente: Fiorella Ghilardotti) ..	124
3.1.2. Comisión de asuntos económicos y societarios (Ponente: Pervenche Berès)	125
3.1.3. Comisión de empleo y Asuntos sociales (Ponente: Joannis Koukiadis)	125
3.1.4. Comisión de Industria, Comercio exterior, investigación y energía (Ponente: Per. Arne Arvidsson)	125
4. Últimos informes de iniciativa por parte de la comisión de asuntos jurídicos y mercado interior del parlamento europeo	126
4.1. Informe del Sr. Klaus-Heiener Lehne, relativo a las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (2006/2013 INI) de 29 de noviembre de 2006	126
4.2. Informe del Dr. Andrzej Jan Szejna, sobre la evolución reciente y las perspectivas en materia de Derecho de sociedades (2006/2051 INI) de 26 de junio de 2006	127
Javier Divar Garteiz-Aurrekoa y Enrique Gadea Soler El Estatuto de Sociedad Cooperativa Europea (SCE)	129
1. Introducción	131
2. Aspectos más significativos de su régimen jurídico	132
2.1. Constitución de la SCE	133

2.1.1. Vías de acceso a la SCE	133
2.1.2. Elaboración de los Estatutos	134
2.1.3. Inscripción en el Registro y contenido de la publicidad	136
2.2. Estatuto jurídico del socio	136
2.2.1. Los posibles tipos de socios en la SCE: el socio usuario y el socio inversor	136
2.2.2. Adquisición de la condición de socio	136
2.2.3. Pérdida de la condición de socio	136
2.3. Estructura orgánica de la SCE.	137
2.3.1. Referencia a los sistemas de administración	138
2.3.1.1. Sistema dual	138
2.3.1.2. Sistema monista	138
2.3.2. La asamblea general	139
2.4. Aspectos financieros	139
2.4.1. Emisión de títulos con privilegios específicos	139
2.4.2. Aplicación de resultados	139
2.4.3. Control y publicidad de las cuentas anuales	140
2.5. Disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos	140

Mikel Arrieta

Las ofertas públicas de adquisición como medio de control de las sociedades cotizadas. Comentarios sobre el nuevo sistema de OPAs . 141

1. Planteamiento	143
2. La OPA como elemento esencial del mercado de control	145
2.1. El funcionamiento del mercado de control empresarial	145
2.2. Límites al sistema de OPA obligatoria	148
3. La contribución del nuevo sistema de OPAs al control empresarial	150
3.1. La toma de control efectiva como supuesto de hecho	152
3.1.1. El umbral del 30% del capital con derecho de voto	153
3.1.2. La designación de la mayoría de consejeros	154
3.2. La posición del núcleo de control de la sociedad afectada	155
3.2.1. La admisibilidad de medidas de defensa específicas contra la OPA	155
3.2.2. La neutralización de medidas de defensa generales	157
3.2.3. El principio de reciprocidad	158
4. Conclusiones	159

Ramón Múgica Alcortz

Sociedades mercantiles en la encrucijada del derecho privado y del derecho público. Análisis de dos casos: Intervención administrativa en las OPAs y empresas públicas con forma de sociedad mercantil 161

1. Introducción	163
-----------------------	-----

2. Los límites de la interferencia administrativa en un proceso de opa	163
2.1. Posición de los accionistas de la sociedad objetivo en las OPAs.	163
2.2. Las OPAs de GAS NATURAL y de E.On sobre ENDESA.	165
2.2.1. A modo de precedente próximo. Un sector eléctrico en efervescencia	165
2.2.2. El desencadenante inmediato	165
2.2.3. Algunas vicisitudes posteriores	165
2.2.4. Importancia de la operación: su dimensión económica	166
2.2.5. Intervención de los poderes públicos.	166
2.3. “Excursus” sobre las OPAs: algunas reflexiones sobre las circunstancias que concurren en ellas	166
2.3.1. Las OPAs: un fenómeno que se presenta en oleadas	166
2.3.2. El precio en las OPAs.	167
2.3.3. Las OPAs y la patria.	168
2.3.4. La importancia de la comunicación en las OPAs.	170
2.3.5. Blindaje societario y sobreprecio en las OPAs.	170
2.3.6. Ventajas de las OPAs para los accionistas.	170
2.4. La intervención de la Comisión Nacional de Energía en el marco de las técnicas de intervención del Derecho Administrativo	171
2.4.1. La Comisión Nacional de Energía. Referencia a sus funciones.	171
2.4.2. Contenido de la Resolución de la CNE	174
2.4.2.1. Causa de la letra a)	176
2.4.2.2. Causa de la letra b)	177
2.4.2.3. Causa de la letra c)	180
2.4.2.4. Causa de la letra d)	180
2.4.2.5. Conclusiones finales de la CNE	181
2.4.3. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.	181
2.4.4. Organismos reguladores.	186
2.5. Conclusiones	189
3. Reflexiones y comentarios sobre el régimen de la empresa pública en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas	191
3.1. Sobre la técnica legislativa	191
3.2. Identificación de sociedades mercantiles del Sector Público	192
3.3. Aportaciones patrimoniales a la sociedad	193
3.4. Pactos de sindicación	194
3.5. Responsabilidad de los administradores.	197
3.6. Buen gobierno de las empresas públicas	198
3.7. Adquisición y enajenación de carteras.	199

Pedro Mirosa Martínez

El aprovechamiento por los administradores de las oportunidades de negocio de la sociedad administrada (Sociedades cotizadas y no cotizadas)..... 203

1. El «corporate governance» y los deberes de los administradores de sociedades mercantiles..... 205
2. La difícil aplicación de la normativa española de buen gobierno a las sociedades no cotizadas 210
3. El deber de lealtad de los administradores y el aprovechamiento de las oportunidades de negocio 214
 - 3.1. Antecedentes y textos 214
 - 3.2. El objetivo del precepto: establecimiento de un deber de conceder preferencia a la sociedad en las oportunidades de negocio..... 217
4. Requisitos del deber de conceder preferencia: la oportunidad debe haber sido «ofrecida a la sociedad» o que la sociedad pueda tener «interés en ella» 224
5. Requisitos de la excusa por parte de la sociedad: desestimación de la operación sin mediar influencia de los administradores..... 227

Jorge Caramés Puentes

Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores ex artículo 262 LSA 233

1. Introducción 235
2. Delimitación del supuesto de responsabilidad ex artículo 262 LSA y 105 LSRL. Disolución y concurso..... 236
3. Naturaleza jurídica y alcance objetivo de la responsabilidad..... 243
 - 3.1. Naturaleza jurídica 243
 - 3.2. Alcance objetivo 247
4. Alcance subjetivo de la responsabilidad 249

Javier Wenceslao Ibáñez Jiménez

La RSC y el derecho de sociedades 251

1. Introducción 253
2. RSC y derecho societario: conexiones..... 255
 - 2.1. La concepción institucionalista de la sociedad y su entronque con la noción actual de la RSC..... 255
 - 2.2. La RSC como expresión de la actividad orgánica societaria..... 256
 - 2.3. Voluntariedad vs coercibilidad de los programas de RSC: un debate figurado, visto a la luz del Derecho societario y del Derecho privado..... 257

2.4. Breve nota sobre la evolución del concepto de interés social: hacia la asunción por el mercado de la conveniencia de disponer de mecanismos de RSC.....	259
2.5. Nota sobre los pretendidos conflictos de interés generados por la aplicación de programas de RSC.....	263
2.6. El caso particular de cooperativas e instituciones no lucrativas.....	265
2.7. Eficiencia de la gestión socialmente responsable: el verdadero debate.....	266
3. Conclusiones.....	271

Joan Picó i Junoy

La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles: Aspectos procesales..... 275

1. Marco normativo de la acción individual de responsabilidad del administrador social.....	277
2. Legitimación activa.....	279
2.1. Los socios.....	279
2.2. Los terceros.....	280
3. Legitimación pasiva.....	281
4. Prescripción de la acción.....	283
4.1. Determinación del plazo de prescripción.....	283
4.2. Inicio del <i>dies a quo</i>	284
4.3. Interrupción de la prescripción.....	285
4.4. Alegación de la prescripción como excepción material.....	285
5. Procedimiento aplicable.....	287
6. El problema de la acumulación de acciones de responsabilidad del administrador social y de la sociedad mercantil.....	287
6.1. Introducción.....	287
6.2. El problema: ¿es posible la acumulación de acciones? Y de serlo: ¿qué tribunal será competente para conocer de las acciones acumuladas?.....	288
6.2.1. Primera solución: la imposibilidad de acumular las acciones....	288
6.2.2. Segunda solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de Primera Instancia.....	290
6.2.3. Tercera solución: la posible acumulación de acciones a favor de los Juzgados de lo Mercantil.....	292
6.3. Opinión personal.....	294
7. La prueba de la responsabilidad.....	295
7.1. Introducción.....	295
7.2. La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 135 LSA...	295

7.2.1. El daño.....	295
7.2.2. La culpa o negligencia del administrador.....	296
7.2.3. La relación de causalidad entre el daño y la culpa o negligencia del administrador.....	296
7.3 La prueba de la responsabilidad del administrador ex art. 262 LSA ...	297
7.4. Mecanismos procesales para facilitar la prueba del actor.....	299

Cristina Arenas Alegría

La legitimación de los liquidadores de una sociedad anónima para ejercitar el derecho de reversión expropiatoria 303

1. Introducción.....	305
2. El derecho de reversión como operación comercial.....	306
2.1. El derecho de reversión como operación comercial pendiente.....	307
2.1.1. Nacimiento del derecho de reversión.....	308
2.1.2 Nuestra postura.....	312
2.2. El derecho de reversión como una operación comercial nueva.....	315
2.3 La reversión como operación económicamente rentable en la liquidación.....	319
3. Conclusión.....	322

Ricardo de Ángel Yagüez

Un enigma de la Ley Concursal: la naturaleza de la llamada Responsabilidad Concursal del artículo 172.3. Panorama doctrinal y soluciones judiciales 323

1. Por qué digo “enigma”.....	325
2. Delimitación del problema.....	326
2.1. Encuadramiento legal de la norma objeto de análisis.....	326
2.2. Las dos interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de la <i>responsabilidad concursal</i>	329
2.3. Presupuestos de la <i>responsabilidad concursal</i>	330
2.4. Características de la <i>responsabilidad concursal</i>	331
3. Panorama doctrinal.....	332
3.1. Opiniones en pro de la <i>responsabilidad por daños</i>	332
3.2. Autores que adoptan la tesis de la <i>responsabilidad-sanción</i>	340
4. Criterios jurisprudenciales.....	355
4.1. Resoluciones que adoptan el criterio de responsabilidad <i>de indemnización</i> o <i>de resarcimiento</i> (o <i>por daño</i>).....	355
4.2. Resoluciones que siguen la tesis de la <i>responsabilidad-sanción</i>	361
5. Breve reflexión final.....	368

Abel B. Veiga Copo	
La responsabilidad de socios y administradores por pérdidas sociales. Respuestas societarias, respuestas concursales	373
1. Introducción. Soluciones sociales <i>versus</i> concursales	375
2. El momento exacto de detección de las pérdidas y la magnitud de las mismas. En busca del responsable.....	378
3. Naturaleza y extensión de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales	384
4. El desplazamiento de la responsabilidad al seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos	388
Índice General Tomo I	393
Índice General Tomo II	401

ÍNDICE GENERAL TOMO II

Presentación	9
Immaculada Herbosa Martínez	
Efectos sustantivos y procesales de la declaración de concurso sobre las ejecuciones hipotecarias	13
1. Ideas generales. Limitación del privilegio de ejecución separada	15
2. Ejecuciones sobre bienes no afectos	17
2.1. Régimen aplicable	17
2.2. Tribunal competente	18
3. Bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor	20
3.1. "Afección" de los bienes	20
3.2. Su determinación	22
4. Particularidades de la ejecución sobre bienes afectos	26
4.1. Paralización o suspensión de las ejecuciones	26
4.2. Su inicio o reanudación	29
4.3. Supuestos en que procede su continuación	31
4.3.1. Tercer poseedor de bienes hipotecados	31
4.3.2. Excepción prevista en el artículo 56.2 LC	32

4.5. La opción de atender el pago del crédito.....	33
5. Enajenación de los bienes hipotecados dentro del concurso.....	34
5.1. Enajenación con subsistencia del gravamen.....	35
5.2. Venta directa.....	35

Núria Ginés Castellet

Problemas de interpretación en el contrato de sociedad civil (externa)	37
1. La sociedad como contrato.....	39
2. La interpretación contractual en la sociedad civil	44
2.1. En las relaciones <i>ad intra</i> : problemas de interpretación en el interior de la sociedad.....	45
2.1.1. La búsqueda de la intención común de las partes: el art. 1.281 del CC en la sociedad civil	47
2.1.2. La actividad ejecutiva de la sociedad y su incidencia en la interpretación del contrato social: el artículo 1.282 del Código civil.....	49
2.1.3. La actividad normativa de la sociedad y su conexión con el art. 1285 CC.....	52
2.2. En las relaciones <i>ad extra</i> : interpretación contractual y terceros	54

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa

La impugnación de acuerdos sociales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Especial referencia a las medidas cautelares.....	59
1. Planteamiento general	61
2. Especial referencia a las medidas cautelares que pueden adoptarse en este tipo de procedimientos.....	63
2.1. Evolución normativa en materia de medidas cautelares en los procedimientos de impugnación de acuerdos sociales	63
2.2. La medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales	65
2.2.1. Naturaleza jurídica.....	65
2.2.2. Presupuestos para su adopción.....	67
2.2.2.1. Presupuestos especiales para la adopción de la medida. Legitimación.....	67
2.2.2.2. Presupuestos generales	73
2.2.3. Procedimiento para su adopción	79
2.3. La anotación preventiva de la demanda de impugnación del acuerdo.....	80

Alfredo Bayano Sarrate	
El arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales	83
1. Introducción	85
2. Argumentos para negar la arbitrabilidad	87
3. Cambio y revisión de la postura anterior	89
4. Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad	95
5. A modo de conclusión	96
Sara Díez Riaza	
Los juzgados de lo mercantil	99
1. Introducción	101
2. Breves antecedentes históricos	101
3. La creación de los actuales juzgados de lo mercantil: su marco legal	104
4. Circunscripción y competencias	105
5. Confusa denominación y su pertenencia al orden jurisdiccional civil	109
6. Justificación legal de los juzgados de lo mercantil	111
6.1. Carácter universal del concurso	111
6.2. Necesidad de especialización del juzgador	112
6.3. Calidad, agilidad y coherencia	115
Luis Bueno Ochoa	
Sociedades profesionales y mercantilización de la abogacía	119
1. Prefacio	121
2. Contexto	123
2.1. Restricción de acceso a la abogacía	124
2.1.1. Obtención del título profesional de abogado	124
2.1.2. Capacitación profesional	125
2.1.3. Acreditación de la capacitación profesional	125
2.2. <i>Laboralización</i> de la abogacía	126
2.2.1. Peculiaridades	126
2.2.2. Implicaciones	127
2.2.3. Modulaciones	127
2.2.4. Profundización	127
3. Pretexto	128
3.1. El ejercicio colectivo y multiprofesional	128
3.2. Motivos de la nueva regulación de las sociedades profesionales	133
4. Texto	134

5. Subtexto	137
6. Posfacio	139

Luis Fernández del Pozo

Forma y publicidad de las sociedades profesionales 141

Artículo 7. Formalización del contrato.....	143
1. La formalización del contrato constitutivo de sociedad profesional.	
La eficacia de la escritura pública.....	143
2. Contenido de la escritura de constitución.....	147
Artículo 8. Inscripción de las sociedades profesionales	152
1. La inscripción de la sociedad profesional en el registro mercantil.	
Eficacia constitutiva de la inmatriculación.....	152
2. La sociedad profesional en formación y la sociedad profesional irregular	156
3. El contenido de la inscripción en el registro mercantil de las sociedades profesionales	159
4. La inscripción de la sociedad en el registro de sociedades profesionales del colegio profesional (art. 8.4)	161
5. La publicidad de las sociedades profesionales en el portal(es) público(s) en internet (artículo 8.5).....	165
Disposición adicional cuarta. Modificación del Código de Comercio.....	167
Historia de la norma legal	168
1. La tradicional y anacrónica, ausencia de publicidad registral de la sociedad civil	170
2. Las dos especies de sociedad civil profesional inscribibles en el registro mercantil.....	176
3. Las sociedades civiles profesionales en sentido estricto.....	177
4. Las sociedades profesionales que adoptan la forma colectiva o comanditaria simple (sociedades civiles "mixtas").....	178
5. La no sujeción de las sociedades civiles profesionales al estatuto legal del "comerciante".....	179
6. La publicidad registral de las sociedades civiles profesionales: requisitos y efectos; contenido de la hoja registral; organización de la publicidad y procedimiento registral	182

Manuel Ardanza Fresno

Negociación con acciones propias de sociedades cotizadas..... 187

1. Introducción, régimen general de Autocartera.....	189
2. Régimen específico de autocartera para sociedades cotizadas	191
3. Riesgos (MARKET ABUSE).....	195
4. Carta Circular 12 / 1998.....	198

5. Safe harbours y prácticas aceptadas del mercado	199
Francisco Javier Arrieta Idiákez	
El desempleo en la sociedad cooperativa	203
1. Introducción	205
2. Los antecedentes del actual Sistema de Seguridad Social respecto a los socios trabajadores de las cooperativas	208
2.1. La etapa de los seguros sociales	209
2.2. La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y sus consecuencias para los socios de las cooperativas	213
3. El Sistema de Seguridad Social vigente y la protección del desempleo en las sociedades cooperativas	216
3.1. La relación existente entre el Real Decreto 1.043/1985 y el resto de normas de carácter general existentes en lo que se refiere al encuadramiento de las cooperativas en el Sistema de Seguridad Social	216
3.2. El ámbito de aplicación del Real Decreto 1.043/1985	218
Oscar Monje Balmaseda	
Sociedad de gananciales y participaciones sociales	223
1. Visión general de la sociedad de gananciales	225
2. La determinación de la naturaleza ganancial o privativa de las participaciones sociales	227
2.1. Planteamiento	227
2.2. El criterio del momento de la adquisición	228
2.3. El criterio de la onerosidad de la adquisición	228
2.4. El criterio de la subrogación real	229
2.5. El criterio que atiende a la previa titularidad: el derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita	232
2.6. Por voluntad de los cónyuges: la atribución voluntaria de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil	234
Fernando Manrique López	
La representación sindical de los trabajadores en la empresa organizada como Sociedad Anónima	239
1. La negociación colectiva en el ámbito comunitario	245
1.1. Características de esta negociación	245
1.2. Contenido	245
1.3. Representatividad	247
2. Análisis de la directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se contempla el estatuto de la sociedad anónima europea	

en lo que respecta a la implicación de los trabajadores	249
3. Constitución de la comisión negociadora	253
4. Régimen de funcionamiento y acuerdos	254
5. Competencias	255
6. Examen de lo relativo a la legislación aplicable al procedimiento de negociación	255
7. Reserva y confidencialidad-garantías	256
8. Vigencia y entrada en vigor	257

Ana Mohino Manrique

La nota intuitu personae en la <i>societas romana</i>	259
--	------------

María Burzaco Samper

Las dificultades inherentes a la multiplicidad normativa en materia de Sociedades Cooperativas: Perspectiva registral	269
--	------------

1. Preliminar	271
2. El Registro de Cooperativas como registro administrativo con eficacia jurídica. Sus derivaciones competenciales	271
2.1. La Ley General de Cooperativas de 1974: el tránsito hacia el sistema actual	272
2.2. "Materia" cooperativa y distribución de competencias	275
2.3. Rasgos generales comunes a los Registros de Cooperativas	278
2.4. El carácter jurídico de los Registros de Cooperativas y sus implicaciones competenciales	281
3. Los Registros de Cooperativas en la normativa vigente	285
3.1. Caracterización de los Registros de Cooperativas	285
3.1.1. Registro administrativo	287
3.1.2. Registro jurídico	290
3.2. El ámbito de los Registros de Cooperativas	291
3.3. Funciones de los Registros de Cooperativas. El problema del solapamiento entre éstos y el Registro Mercantil	293
4. Comentario final	295

Enric R. Bartlett Castellà

Actualización de las normas de conducta de las entidades financieras, a través de la labor de la institución del defensor del cliente, directamente o en relación con los servicios de reclamaciones de los órganos reguladores. Una aproximación. . . .	297
---	------------

1. Regulación de la institución del defensor del cliente de las entidades financieras	299
---	-----

1.2. Publicidad de sus informes.....	300
2. Actuaciones defensores clientes de naturaleza pública	300
2.1. La experiencia del Reino Unido.....	301
2.1.1. El caso de los Gastos de administración de cancelación de hipotecas	302
2.1.2. Actuaciones con implicaciones en el área de “Corporate Governance”.....	302
3. A modo de conclusión	303

Miró Ayats i Vergés, Jaume Bonet León y Xavier Triviño Prieto

El levantamiento del velo societario por deudas tributarias..... 305

1. Introducción	307
2. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia civil y mercantil.....	308
2.1. Definición de la teoría del levantamiento del velo	308
2.2. Presupuestos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en la jurisdicción civil y mercantil	309
2.3. Consecuencias de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.....	310
2.4. Supuestos más habituales de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo	310
3. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia laboral	311
4. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia contencioso-administrativa.....	316
5. La doctrina del levantamiento del velo en la jurisprudencia penal.....	316
6. Antecedentes históricos y legislativos del levantamiento del velo en el derecho tributario	319
7. Análisis de los supuestos y requisitos que habilitan a la aplicación del art. 43.1.g) y h) LGT	321
8. El regimen jurídico de la derivación de responsabilidad por levantamiento del velo	323

Marta Gisbert Pomata

Los trámites del procedimiento concursal..... 327

1. Introducción	329
-----------------------	-----

2. Estructura procedimental: las secciones	331
3. Incidente concursal	337
4. Recursos	339
5. Conclusión	341

Rebeca Carpi Martín

Gestión de los conjuntos inmobiliarios privados a través de personas jurídicas: planteamiento general y vinculación entre titularidad del inmueble y entidad gestora

343

1. Autonomía organizativa en los complejos inmobiliarios privados: las dudas sembradas por el art. 24 LPH	345
2. Vinculación entre titularidad y persona gestora	352

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

La sociedad anónima europea y la implicación de los trabajadores: una aproximación sintética a la (vieja) discusión entre la participación cooperativa y la participación conflictiva de los trabajadores en la empresa

357

0. Planteamiento	359
1. Los orígenes de los modelos de participación interna y externa de los trabajadores en la empresa	363
2. La traducción positiva de dos ideales jurídico-políticos	367
2.1. La experiencia europea de la posguerra: el ejemplo alemán y francés	367
2.2. La experiencia española	371
3. Valoración final	375

Maria José López Álvarez

La exclusión del ámbito laboral de consejeros y administradores ejecutivos: una revisión crítica de la teoría del vínculo

377

1. Antecedentes: la situación laboral de los consejeros ejecutivos con anterioridad a la postulación de la teoría del vínculo	379
2. Teoría del vínculo: presupuestos, consolidación e incidencia en el ámbito laboral	380
3. Posturas revisionistas y propuestas para una reconducción futura de la teoría del vínculo	384

Javier Gómez Lanz

La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida:

Estado actual de la jurisprudencia 389

1. Introducción 391

2. Presupuestos del debate: doctrina jurisprudencial sobre el tipo de apropiación indebida, conflicto con el tipo recogido en el artículo 295 y soluciones adoptadas por las sentencias de 26 de febrero de 1998 y 29 de julio de 2002. 392

3. Estado actual de la cuestión en la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo 398

Índice General Tomo I 403

Índice General Tomo II 411

COLECCIÓN DE FORMACIÓN CONTINUA FACULTAD DE DERECHO ESADE

DIRECTOR

Enric R. Bartlett Castellà

COORDINADORA

Núria Ginés Castellet

1. **Patentes e industria farmacéutica.** 2006
2. **Empresa y prueba informática.** 2006
3. **Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual.** 2007
4. **Reforma de la Legislación mercantil y las Normas Internacionales de Contabilidad.** 2007
5. **Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007. 2 tomos.** 2008
6. **La reforma contable y su proyección sobre la normativa mercantil y fiscal.** *En preparación*

SERIE ESTUDIOS PRÁCTICOS SOBRE LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. **El interrogatorio de partes.** 2007
2. **El interrogatorio de testigos.** 2008
3. **La prueba pericial.** *En preparación*
4. **La prueba documental.** *En preparación*

SERIE MANUALES Y MONOGRAFÍAS

1. **Introducción a la probática.** Lluís Muñoz Sabaté. 2007